

# DAS PROBLEM DER SOVERÄNITÄT UND DIE THEORIE DES VÖLKERRECHTS

BEITRAG ZU EINER REINEN RECHTSLEHRE

VON

HANS Kelsen



*ZWEITE, PHOTOMECHANISCH GEDRUCKTE AUFLAGE*

---

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)  
TÜBINGEN 1928

Alle Rechte vorbehalten

Druck von  
Omniotypie-Ges. Nachf. L. Zednall  
Stuttgart



## Vorrede zur zweiten Auflage.

Da die zweite Auflage dieses — seit längerer Zeit vergriffenen — Buches nur einen unveränderten Abdruck der ersten Auflage bringt, glaube ich die Leser auf eine von mir seither publizierte Schrift hinweisen zu sollen, in der ich das eine oder andere in diesem Buche behandelte Problem näher ausführe. Es ist die Abhandlung: „Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public“, die im Recueil de l'Academie de droit international de la Haye, 1927 erschienen ist.

Wien, im November 1927.

Hans Kelsen.



## Vorrede zur ersten Auflage.

Die Arbeit an einer reinen, insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigten Rechtstheorie, die ich in meinen 1911 erschienenen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ begonnen und seither in verschiedenen Abhandlungen fortgesetzt habe, führe ich in den vorliegenden Untersuchungen an ein Problem heran, dessen Behandlung in der herrschenden Lehre ganz besonders geeignet ist, deren Reformbedürftigkeit zu beweisen. Die Souveränität des Staates ist einer der Brennpunkte der juristischen Konstruktion; gerade hier, wo die Zusammenhänge des ganzen Systems deutlicher zutage treten, müssen sich die Grundfragen der Methode entscheiden.

Dem Souveränitätsproblem bin ich bisher ausgewichen, obgleich eine grundsätzliche Stellungnahme mir mehr als einmal nahe lag. Es geschah dies vor allem deshalb, weil eine Lösung dieses Problems nicht möglich ist ohne eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der Theorie des Völkerrechts. Um dessen Beziehung zur staatlichen Rechtsordnung handelt es sich, wenn es gilt, die Frage nach dem Wesen der Souveränität, insbesondere nach ihrer Wesentlichkeit für den Staat — den als Ordnung, und zwar als Rechtsordnung zu begreifenden Staat — zu beantworten. Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen beiden Normensystemen bildet den Hauptgegenstand dieser Arbeit, die Erkenntnis der notwendigen Einheit beider ihr wichtigstes Ergebnis.

Diese Einheit aber wird hier nur zum Ausdruck für die Einheit juristischer Erkenntnis überhaupt, die — wie ich schon in meinen „Hauptproblemen“ betont habe — nichts anderes zu ihrem Gegenstande haben kann als Rechtsnormen, und die in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen ihre Aufgabe als Wissenschaft erfüllt. Wenn, wie PAUL NATORP so schön ausführt, die Frage nach der letzten Einheit der Erkenntnis überhaupt zwar Sache der Philosophie, aber auch den Einzelwissenschaften

das Streben nach einer letzten Einheit nicht fremd ist, so mag es ja als Aufgabe der Rechtsphilosophie gelten: die schließliche Einheit der juristischen Erkenntnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten zu behaupten und darzustellen; aber dann muß der Trieb zu dieser Einheit auch in den einzelnen Rechtsdisziplinen sich „als die eigentliche schöpferische Kraft“ erweisen und es muß Rechtsphilosophie der Rechtswissenschaft immanent sein. Wenn man sich des Einheitspostulates im Bereiche der Rechtswissenschaft heute noch nicht genügend bewußt ist, so mag das nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß der Blick des Rechtstheoretikers ebensosehr von dem eigentlichen Gegenstand seiner Erkenntnis: der Rechtsnorm, in andere Erkenntnisgebiete abgelenkt, wie von Hypostasierungen und Scheinprobleme erzeugenden Fiktionen getrübt, durch diesen Schleier zu seinem ursprünglichen Objekt gar nicht durchdringen kann, das ihm das Bedürfnis nach Veranschaulichung, Denkgewohnheit und Denkbequemlichkeit verhüllen. Gespenstern gleich stellen sich zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern, als Realitäten gesetzte Denkbehalte der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt. Der Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion wird wie schon in meinen „Hauptproblemen“ so auch in der vorliegenden Arbeit geführt. Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes.

Auf dem Wege zur Einheit und Reinheit habe ich bei fortschreitender Erkenntnis manche schon ausgesprochene Anschauung vertieft, manche Konstruktion — da ich sie in einen noch allgemeineren Zusammenhang brachte — modifiziert, manche Meinung aber, die ich noch zu Beginn meiner Untersuchungen teilte, als irrig fallen gelassen. Keinem aufmerksamen Leser soll dieser Wandel entgehen, den zu verhüllen ich keinen Anlaß habe. Daß er ein Fortschritt sei, hoffe ich ebensosehr, wie ich glaube, daß sich die in meinen „Hauptproblemen“ gelegten Grundlagen gerade in der vorliegenden Arbeit bewährt haben.

Sie gegen — vielfach mißverstehende — Kritik zu rechtfertigen, halte ich hier nicht für geboten. Nur auf zwei immer wieder erhobene Einwände möchte ich antworten.

Erstlich: Daß ich mit meiner nur auf die Rechtssätze und ihren funktionalen Zusammenhang gerichteten Betrachtung nicht die „Wirklichkeit“ der sozialen Tatsachen oder — wie man zu sagen pflegt — die „Praxis“ zu erfassen vermag, ist mir wohl bewußt. Ich bin sogar unbescheiden genug, diese Not für eine Tugend zu halten.

Da ich das Recht als ein selbständiges, insbesondere von der Natur verschiedenes System betrachte, so wie es ja alle Juristen tun, wenn sie sich darüber auch nicht immer Rechenschaft geben, da ich somit die Rechtswissenschaft so nehme, wie sie sich in ihren besten Vertretern gibt und stets gegeben hat: als eine nach Gegenstand und Methode selbständige, insbesondere von der Naturwissenschaft verschiedene Disziplin, so weise ich die Berufung auf „Wirklichkeit“ oder „Praxis“ als Berufung auf ein anderes Erkenntnissystem, eine andere und daher der juristischen Ausgangsposition wesensfremde Theorie — nämlich eine meist recht naive Theorie der natürlichen Tatsachen — somit als Rekurs an eine inkompetente Instanz zurück. Darin gerade liegt ja die alle „Wissenschaft“ erst ermöglichende Reinheit, daß die Erkenntnis innerhalb der ihr durch Gegenstand und Methode gezogenen Grenzen bleibt. Daß diese Grenzen gerade für die Rechtswissenschaft sehr enge sind, zögere ich nicht, selbst auf die Gefahr hin einzugestehen, daß dadurch ihre Bedeutung im Gesamtsysteme der Wissenschaften erheblich vermindert wird; aber ich begreife, daß dies all denen tief beklagenswert erscheinen muß, die als „Juristen“ sich berufen glauben, so ziemlich alles zu verstehen, und mit juristischen Argumentationen ebenso Probleme der Psychologie und Soziologie zu lösen, wie Forderungen der Politik zu honorieren gewohnt sind. Daß sie dabei jene spezifisch „juristische“ Logik entwickeln müssen, die Jurisprudenz im Kreise echter Wissenschaft längst um jedes Ansehen gebracht und den Juristen im Bewußtsein des Volkes zu einem Rabulisten gemacht hat, ist freilich eine nicht zu übersehende Nebenwirkung dieser Kompetenzüberschreitung.

Dann aber muß ich mich gegen das seltsame Mißverständnis wenden: Ich lehre, positives Recht sei irgendwie nur aus „vorgefaßten Ideen“ abzuleiten, sei „abstrakt zu konstruieren“. Wenn ich die individuelle Rechtsnorm eines Urteils, Verwaltungsaktes oder Rechtsgeschäftes auf die generelle Norm des Gesetzes, das Gesetz wieder auf die noch allgemeinere Norm der Verfassung und die Verfassungsnormen schließlich auf eine allgemeine höchste, den logischen Ursprung darstellende Norm zurückführe, die als juristische Hypothese die verfassungsgebende Autorität einsetzt, so bin ich mir wohl bewußt, daß die Verfassung ihre rechtlich relevante Geltung zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt, ganz ebenso wie das Gesetz seine Geltung aus der Verfassung, seinen Inhalt aber aus dem Faktum des Gesetzesbeschlusses, das Urteil seine Geltung aus dem Gesetz und seinen Inhalt aus dem

Faktum des richterlichen Willensaktes hernimmt. Die logische „Erzeugung“ des Rechts aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur — wie die psychologischen Tatsachen im Verhältnis zu den logischen Geltungen — die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* des Rechts auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist. Solche logische Erzeugung aus dem Ursprung darf doch nicht mit naturrechtlichen Deduktionen verwechselt werden. Wenn mich ein Vorwurf trifft, ist es nicht der, daß ich zu wenig, sondern eher der, daß ich zu sehr Positivist bin. Doch sehe ich — heute noch deutlicher als früher — die Grenze, bis zu der der Positivismus in der Rechtserkenntnis geführt werden kann. Nur unkritischer Dogmatismus kann verneinen, ein System positiven Rechts sei voraussetzungslos möglich. Worauf es allein ankommt ist: sich des — relativen — *a priori* dieses Systems bewußt zu werden. Ich versuche dies gestützt auf die KANT'sche Transzendentalphilosophie, die für die Rechtswissenschaft gewonnen zu haben, das Verdienst RUDOLF STAMMLERs bleibt. Da ich solches jedoch als Jurist, nicht als Berufsphilosoph und für Juristen unternehme, denen die strenge Sprache reiner Erkenntnis nicht geläufig ist und die noch tief in materialistischen Vorurteilen stecken, da meine Darstellung nicht anders denn an die herrschenden Vorstellungen und an einen unwissenschaftlichen, vorwissenschaftlichen Sprachgebrauch anknüpfen kann, um sich überhaupt verständlich zu machen, muß ich eine philosophische Kritik um Nachsicht bitten.

Da in jüngster Zeit mehrere Werke erschienen sind, die sowohl hinsichtlich der Problemstellung wie der Ergebnisse sich in gewissen Punkten mit den vorliegenden Untersuchungen berühren — ich nenne die vorzügliche Schrift NELSONs, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, und KRABBEs schönes Buch, *Die moderne Staatsidee*, 1919, — so lege ich Wert darauf, festzustellen, daß mein Manuskript schon im Jahre 1915 begonnen wurde und im Jahre 1916 grundsätzlich abgeschlossen war, daß aber meine militärische Dienstleistung während des Krieges die Drucklegung verzögerte.

Was die Benützung der Literatur betrifft, so habe ich — um den Umfang des Buches nicht übermäßig anwachsen zu lassen und weil ich keine literarhistorischen Absichten verfolge — die bei der reformatorischen Tendenz meiner Arbeit leider unvermeidlichen kritischen Auseinandersetzungen auf solche Autoren beschränkt, die durch ihre führende Stellung oder ihre besonders charakteristischen, typischen Formulierungen als Repräsentanten der herrschenden Lehrmeinung,

vor allem aber der heute üblichen Methode rechtswissenschaftlicher Erkenntnis gelten können. Diese Lehrmeinung und ihre Methode, nicht aber irgendwelche Personen will meine Kritik treffen, die ich stets nur sachlich, nie persönlich zu führen bestrebt bin.

Schließlich drängt es mich auch dankbaren Herzens meiner wissenschaftlichen Freunde und Schüler zu gedenken, die meine Arbeiten mit tiefstem Verständnis aufgenommen und nach mancher Richtung besser und weiter fortgeführt haben als es mir selbst gelungen ist. Dieser Gegenruf des Geistes, der mir nun immer häufiger entgegentönt, gibt mir die sichere Gewähr, auf richtigem Wege zu sein.

Wien, im Frühjahr 1920.

Hans Kelsen.

# Inhaltsverzeichnis.

## Erster Teil: Die staatsrechtliche Souveränitätstheorie.

	Seite
Erstes Kapitel. Methodologische Vorfrage.	
§ 1. Einstellung des Problems . . . . .	1
§ 2. Die normlogische Bedeutung der Souveränität . . . . .	4
Zweites Kapitel. Begriff und Wesen der Souveränität.	
§ 3. Souveränität als Eigenschaft der Staats- oder Rechtsordnung	9
§ 4. Souveränität der Staatsperson als eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes . . . . .	16
§ 5. Die Lehre von der Rechtssouveränität . . . . .	22
§ 6. Die Lehre von der Rechtssouveränität; Fortsetzung . . . . .	27
§ 7. Die Souveränität als Rechtsmacht . . . . .	31
§ 8. Souveränität als Macht über die Rechtsordnung, als Rechtsfolge und als subjektives Recht . . . . .	36
§ 9. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität . . . . .	37
§ 10. Der formale Charakter der Souveränität . . . . .	40
§ 11. Souveränität als Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit	43
§ 12. Souveränität als Kompetenzhoheit . . . . .	47
Drittes Kapitel. Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates.	
§ 13. Einstellung des Problems: Souveränitätsfreie Begriffsbestimmungen des Staates . . . . .	53
§ 14. „Nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“: eine Definition der souveränen Rechtsordnung . . . . .	56
§ 15. Der rechtliche Charakter der Gliedstaaten . . . . .	59
§ 16. Die geteilte Souveränität . . . . .	62
§ 17. Das „eigene“ Recht zum Zwang als Wesensmerkmal des nicht begriffsnotwendig souveränen Staates: eine Definition der souveränen Rechtsordnung . . . . .	66
§ 18. Die Gebietshoheit als Wesensmerkmal des Staates . . . . .	70
§ 19. Die Fähigkeit des Staates, sich selbst wesentlich zu ändern: gleichfalls eine Bestimmung der souveränen Rechtsordnung . . . . .	77
§ 20. Der Zweck als wesentliches Kriterium des Staates; Realisierung der Interessen des Gesamtvolkes: nur wenn der Staat als souveräne Ordnung vorausgesetzt wird . . . . .	82



Viertes Kapitel. Souveränität des Staates und Positivität des Rechtes. Seite

§ 21. Der Begriff der Rechtspositivität, positives und Naturrecht	85
§ 22. Positivität und Faktizität des Rechts	88
§ 23. Positivität und Gesetztheit des Rechts	92
§ 24. Faktizität und Normativität, Wirkung und Geltung der Rechts-(Staats-)Ordnung	94

**Zweiter Teil: Die Theorie des Völkerrechts  
und das Souveränitätsdogma.**

Fünftes Kapitel. Das gegenseitige Verhältnis zweier Normensysteme.

§ 25. Einstellung des Problems	102
§ 26. Die Verschiedenheit der „Quellen“	105
§ 27. Normobjekt (Gegenstand der Normierung) und Normsubjekt (Adressat)	107
§ 28. Das Verhältnis einer „höheren“ zu einer „niederen“ Ordnung: die Delegation oder Verweisung	111
§ 29. Die Abänderung der Rechtsordnung; die Verweisung auf die Normen der Moral und auf die durch Rechtsgeschäft zu setzenden Normen	114

Sechstes Kapitel. Die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht: die dualistische Konstruktion.

§ 30. Einstellung des Problems	120
§ 31. Das Objekt des Völkerrechts	124
§ 32. Das Subjekt des Völkerrechts (der Normadressat)	130
§ 33. Die Quelle des Völkerrechts; dualistische und monistische Konstruktion	134
§ 34. Vermengung der dualistischen mit monistischen Konstruktionen	139
§ 35. Fortsetzung; bloß völkerrechtliche Verpflichtung des Staates zu Normsetzungsakten	144

Siebentes Kapitel. Der Primat der staatlichen Rechtsordnung.

§ 36. Einstellung des Problems	151
§ 37. Das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht	154
§ 38. Zuspitzung der Theorie vom Staat als ausschließlichem Adressaten des Völkerrechts	159
§ 39. Untertanen als Subjekte des Völkerrechts	162
§ 40. Die Theorie von der „Selbstverpflichtung“ des Staates	168
§ 41. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gültigkeit von Staatsverträgen	174
§ 42. Das Völkerrecht als „gemeinsames“ Recht	182
§ 43. Die Ausschließlichkeit der Souveränität	187
§ 44. Der Begriff des Staatsvertrags und die Selbstverpflichtungstheorie	190
§ 45. Die Leugnung des Völkerrechts	196

	Seite
<b>Achtes Kapitel. Der Primat der Völkerrechtsordnung.</b>	
§ 46. Einstellung des Problems . . . . .	204
§ 47. Die Objektivität des Völkerrechts; das „natürliche“, „notwendige“, „theoretische“, „unwillkürliche“ Völkerrecht . .	206
§ 48. Die Lehre von den „Grundrechten“ des Völkerrechts . .	213
§ 49. Geltung des Völkerrechts für den neu entstandenen Staat .	224
§ 50. Die Anerkennung des Neustaates . . . . .	228
§ 51. Die Entstehung des Staates als Rechtsproblem; Kontinuität der Rechts-(Staats-)Ordnung und Revolution . . . .	235
<b>Neuntes Kapitel. Das Völkerrecht als civitas maxima.</b>	
§ 52. Das „subjektive“ und das „objektive“ Prinzip des Völkerrechts . . . . .	241
§ 53. Weltrechtsordnung und Weltstaat . . . . .	249
§ 54. Organisierte und nicht organisierte Gemeinschaft . . . .	257
§ 55. Korporation und Sozietät . . . . .	268
<b>Zehntes Kapitel. Die Theorie der Staatenverbindungen.</b>	
§ 56. Das Wesen der Staatenverbindung . . . . .	274
§ 57. Einteilung der Staatenverbindungen nach ihrer Entstehung	277
§ 58. Staatenbund und Bundesstaat . . . . .	280
§ 59. Die Korporationstheorie . . . . .	289
§ 60. Die freiwillige Einschränkung der Souveränität . . . . .	294
§ 61. Bundesexekution, Sezession, Nullifikation . . . . .	300
§ 62. Der Staatenbund als juristische Person . . . . .	309
<b>Elftes Kapitel. Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen.</b>	
§ 63. Subjektivistische und objektivistische Weltanschauung . .	314
§ 64. Imperialismus und Pazifismus . . . . .	317
§ 65. Die Zukunft der Völkerrechtstheorie . . . . .	319

## Erster Teil.

# Die staatsrechtliche Souveränitätstheorie.

## Erstes Kapitel.

### Methodologische Vorfrage.

#### § 1.

#### Einstellung des Problems.

Der Begriff der Souveränität, den die moderne Staatsrechtslehre zu ihren schwierigsten und meist umstrittenen zählt, hat einen — die zahlreichen um seine Bestimmung geführten Streitigkeiten verursachenden — Bedeutungswandel durchgemacht. Seit das Wort „Souveränität“ in die Terminologie der um die Erkenntnis von Staat und Recht bemühten Wissenschaften Eingang gefunden, ist es nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern auch innerhalb derselben Periode in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht worden. Sogar für den im allgemeinen recht unsicheren terminologischen Zustand der Staats- und Rechtslehre ist die starke Oszillation dieses Grundbegriffes ungewöhnlich. Sie dürfte zum großen Teil darauf zurückzuführen sein, daß mit ihm, wie dies ja häufig auf diesem Gebiete der Fall ist, keineswegs bloß der Zweck wissenschaftlicher Erkenntnis, sondern auch, ja bis vor kurzem vielleicht sogar vornehmlich, staatspolitische Absichten verfolgt wurden. Wie kein anderer Begriff hat gerade derjenige der Souveränität das theoretische Mäntelchen für höchst praktische Postulate abgegeben, so daß gerade seine Geschichte ein klassisches Beispiel für den die Rechtswissenschaft in ihrem theoretischen<sup>1)</sup> Charakter bedrohenden Me-

<sup>1)</sup> Der Gegensatz von „theoretisch“ und „praktisch“ ist ebenso wie der ihn begründende Gegensatz von Sein und Sollen ein relativer. Die Rechtswissenschaft hat es mit dem rechtlichen Sollen zu tun, ist somit gegenüber der mit dem Natur-Sein befaßten Naturwissenschaft eine „praktische“ Disziplin. Als Wissenschaft vom positiven Recht, d. h. von dem, was Recht ist, vom Sein des Rechtes, steht sie als theoretische Erkenntnis der Politik gegenüber, die zu erkennen sucht, was Recht sein soll, die das richtige Recht aufsucht. „Theoretisch“ ist aber die Rechtswissenschaft schließlich auch im Sinne von „Wissenschaft“, d. h. als ein auf einer einheitlichen Methode gegründetes einheitliches System von Erkenntnissen.

thodenanarchismus, speziell für die verhängnisvolle Vermengung moralisch-politischer und juristischer, aber auch juristischer und soziologisch-psychologischer Betrachtung liefern kann.

Daß der Begriff der Souveränität schon in seinen historischen Anfängen die Frucht eines unzulässigen Methodensynkretismus war, das zeigen die Untersuchungen, die der Dogmengeschichte der Souveränitätstheorie in neuerer Zeit gewidmet wurden<sup>1)</sup>. Am deutlichsten tritt dies in der Lehre BODINS hervor, den man gern als den Begründer der Souveränitätslehre bezeichnet; die politischen Tendenzen seiner Doktrin liegen heute klar zutage.

Dennoch wäre die Annahme falsch, daß hinter der von der Staatsrechtstheorie seit Jahrhunderten vorgetragenen Souveränitätslehre nichts anderes als politische Postulate zu finden seien. Vielmehr ist es so: daß eine richtige rechtstheoretische Erkenntnis durch ein Labyrinth von ihr fremdartigen politischen und anderen Elementen seit Jahrhunderten durchzudringen bemüht ist. Ohne diesen rein theoretischen Wahrheitsgehalt wäre es der Lehre von der Souveränität nicht gelungen, bis auf den heutigen Tag ein eiserner Bestand der Staats- und Rechtslehre, ja eines ihrer wichtigsten Kapitel zu bleiben. Mag immerhin BODIN, der sogenannte Begründer der Lehre, mit ihr vornehmlich die Forderung politischer Unabhängigkeit der französischen Könige gegenüber dem Imperium der Deutschen Kaiser verfochten; mögen in gewissen Spielarten dieser Lehre, in der Theorie der Fürsten- und der ihr entgegengesetzten Theorie der Volkssouveränität die Herrschaftsansprüche bestimmter Interessengruppen Ausdruck gefunden; mag der Begriff der Souveränität sich zuzeiten mit der besonderen Idee der absoluten und unbeschränkten Staatsgewalt identifiziert haben: So läßt sich doch unter allen diesen Verkleidungen ein einheitlicher Gedanke erkennen, den herauszuschälen und in seiner Wahrheit sicherzustellen, Aufgabe der Wissenschaft von Staat und Recht sein muß.

Gerade die neueren Formulierungen des Souveränitätsbegriffs, so sehr sie auch voneinander abweichen mögen, sind dem Wahrheitsgehalt dieser Lehre näher gekommen, als dies bisher der Fall war. Es ist darum ein im Grunde verfehlter Gedanke, den Begriff der Souveränität aus der modernen Staats- und Rechtslehre überhaupt zu eliminieren, weil eine seiner vielen Bedeutungen, die man ohne

<sup>1)</sup> Vgl. insbesondere: HANCKE, Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souveränität. 1894; DOCK, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich d. Großen. 1897; DOCK, Revolution und Restauration über die Souveränität. 1900; LANDMANN, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau. 1890.

tiefer Begründung für die einzig richtige, die „eigentliche“ hält, etwa jene der absoluten und unbeschränkten Staatsgewalt, mit der modernen Auffassung vom Rechtsstaat nicht vereinbar sei<sup>1)</sup>. Diese Anschauung verkennt zunächst die Natur des Bedeutungswandels, den der Souveränitätsbegriff durchgemacht hat, vor allem den entschiedenen Fortschritt, den gerade die letzte Phase der Souveränitätslehre aufweist. Daß die neueren Formulierungen des Begriffs mit irgend einer älteren, wenn auch lange herrschenden Auffassung nicht übereinstimmen, spricht vielleicht mehr gegen diese als gegen jene. Im übrigen kommt es gar nicht auf eine historische Legitimierung des heute in Verwendung stehenden Souveränitätsbegriffs an. Für eine notwendige Vorstellung (und ihre Notwendigkeit ist von der Wissenschaft zu erweisen) soll ein Ausdruck gefunden werden<sup>2)</sup>; die hergebrachte Terminologie bietet einen, der im allgemeinen Sprachgebrauch ungefähr jene Bedeutung hat, die richtiger Erkenntnis nach benötigt wird. In diesem Sinne bedient sich die moderne Staats- und Rechtstheorie des Souveränitätsbegriffs. Und indem sie dies tut, erwächst ihr die Aufgabe, ihre Terminologie gerade nur soweit zu rechtfertigen, daß sie die von ihr gewählte Bedeutung als den rich-

<sup>1)</sup> So PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889: „Wir haben den Souveränitätsbegriff als das tragende Prinzip des absoluten Obrigkeitsstaates erkannt. Der Gedanke des Obrigkeitsstaates ist auch im heutigen Staatsleben noch in mannigfacher Weise lebendig; aber er bildet nicht mehr den einzigen Grundzug desselben, ist vielmehr mit anderen Elementen durchsetzt. Eben deshalb ist es die Aufgabe der Staatstheorie, das Souveränitätsprinzip, als welches nur die Idee des Obrigkeitsstaates zum Ausdruck bringt, zu ersetzen durch ein neues Prinzip, welches Raum hat für die Reste des alten und die schon wirkenden neuen Kräfte. Das Mischungsverhältnis dieser beiden Elemente ist wiederum begrifflich unabhängig von der Staatsform, wie denn die heutige französische Republik viel mehr Rudimente des obrigkeitlichen Staates enthält als die meisten konstitutionellen Demokratien. So sind denn auch die der Obrigkeitsidee gegenüberstehenden neuen Ideen nicht Früchte des aus Frankreich geholten konstitutionellen Dogmas sondern neue Formen der altgermanischen, in England erhaltenen und entwickelten Idee der Selbstverwaltung. Aus derselben Quelle, der diese fruchtbare Idee entsprungen, aus dem germanischen Recht entwickelt sich auch das Grundprinzip des modernen Rechtsstaates, welches berufen ist, den romanischen Begriff und das romanische Wort „Souveränität“ zu verdrängen und zu ersetzen.“ A. a. O. S. 136. Ein typisches Beispiel für die Behandlung des Souveränitätsproblems unter organisationstechnischen und politischen, gar national-politischen Gesichtspunkten. Daß speziell zwischen dem Begriff des Rechtsstaates und dem der Souveränität kein Gegensatz besteht, wird aus der folgenden Darstellung hervorgehen.

<sup>2)</sup> Wenn Souveränität hier — antizipierend — als ein notwendiger Begriff vorausgesetzt wird, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß es sich um eine wesentliche Eigenschaft des Staates handelt.

tigen und unverlierbaren Kern aller Wandlungen nachweist, die der Begriff in der Geschichte durchgemacht hat.

## § 2.

### Die normlogische Bedeutung der Souveränität.

Daß die griechische, insbesondere aber die römische Staats- und Rechtstheorie, wie heute angenommen wird, den Begriff der Souveränität nicht entwickelt hat, liegt nicht etwa daran, daß der griechische und der römische Staat nicht souverän waren. Die griechische und insbesondere die römische Wissenschaft hat für die Theorie von Staat und Recht auf allen Gebieten so wenig geleistet — ist sie doch im Gegensatz zu vielen anderen Wissensgebieten nicht nur nicht die Grundlage, viel eher ein Hemmschuh der konventionell immer wieder auf sie zurückgreifenden modernen Wissenschaft gewesen — daß ihr negatives Verhalten in bezug auf die Souveränitätslehre keinerlei Schlüsse zuläßt. Doch wäre gewiß auch die Annahme unbegründet, daß Griechen wie Römern die Vorstellung des souveränen Staates fremd geblieben sei. Ganz abgesehen davon, daß in der aristotelischen Idee der Autarkie und dem römischen Gedanken der *majestas populi romani* doch vielleicht mehr Beziehungen zur Souveränitätsvorstellung liegen, als man heute anzunehmen geneigt ist, kann der Gedanke nicht von der Hand gewiesen werden, daß den Griechen, vor allem aber den Römern die Vorstellung der Souveränität ihrer Staats- und Rechtsordnung möglicherweise so selbstverständlich und unproblematisch war, daß es einer besonderen Sicherstellung dieser Idee durch wissenschaftliche Erörterung nicht bedurfte und zu einer philosophischen Problemstellung kein Anlaß war. Dies sei besonders einer Auffassung gegenüber hervorgehoben, die das Fehlen einer antiken Souveränitätstheorie und gewisse spätere Wandlungen derselben dafür ins Feld führt, daß Souveränität eine „historische Kategorie“ sei. Soweit darunter zu verstehen ist, daß die Erkenntnis, die in dem Souveränitätsbegriff zum Ausdruck kommt, nicht zu allen Zeiten zu gelten habe, vielmehr von gewissen äußeren Umständen der Geschichte bedingt sei, so muß schon jetzt dagegen Stellung genommen und mit Nachdruck betont werden, daß der Begriff der Souveränität, den die Staats- und Rechtslehre zu gewinnen hat, nicht mehr und nicht weniger „historisch“ ist, als der des Staates und Rechtes selbst, und daß — wenn Souveränität als in irgend einer wesentlichen Beziehung zu Staat und Recht stehend erkannt sein sollte — dies ebenso für Staat und Recht der alten Ägypter wie der modernen Europäer Geltung hat.

Seit die Legisten, vor allen BARTOLUS, die berühmte Unterscheidung zwischen „universitates, quae superiorem non recognoscunt“ und „universitates superiorem recognoscentes“ entwickelten, steht das Problem der Souveränität in wissenschaftlicher Diskussion. In den mannigfaltigen Variationen dieser Lehre hat nicht nur das Subjekt gewechselt, dem Souveränität als Attribut beigelegt wurde (der Staat, der Fürst, das Volk), hat auch die Stellung geschwankt, die Souveränität als Attribut oder gar als Subjekt selbst eingenommen, sofern man sie mit dem Staate oder seiner Gewalt schlechthin identifizierte. Gewechselt hat die besondere Ausgestaltung, die der Inhalt der Souveränität erfahren, gewechselt haben die Voraussetzungen, die zu ihr führen sollten, die Konsequenzen, die man aus ihr ziehen zu können glaubte. Gegenüber diesen Schwankungen zeigt die neueste Entwicklung insofern eine gewisse Stabilisierung, als man als das Subjekt, von dem Souveränität — wenn überhaupt — ausgesagt werden kann, den Staat erkannt hat. Damit ist eine während der ganzen Geschichte sich geltend machende, nur zeitweise zurückgedrängte Erkenntnistendenz endgültig durchgedrungen. Niemals aber ist ein Moment aus dem Begriff der Souveränität verschwunden, das in allen Definitionen von BARTOLUS bis BODIN und von diesem bis zu den allerneuesten Begriffsbestimmungen wiederkehrt: Das Subjekt, dem Souveränität zugesprochen wird, ist damit als ein „höchstes“, „oberstes“ charakterisiert. Ob sich dieses Urteil in einer negativen Sprachform wie bei den „civitates quae superiorem non recognoscunt“ des BARTOLUS oder in einer positiven, wie in der „summa potestas“ des BODIN ausdrückt, nie ist der „Souveränität“ oder „supremitas“ die wörtliche Bedeutung eines Zuhöchst-, Züberst-Seins verloren gegangen, ob damit nun ausschließlich dieses Zuhöchstsein oder zumindest doch neben anderen auch dieses zum Ausdruck kommen sollte<sup>1)</sup>. Und sofern man als ein vorläufiges Ergebnis erkennt, daß es der Staat ist, dem Souveränität zugesprochen wird, darf als fester Kern, als ruhender Pol in der Flucht wechselnder Erscheinungsformen der Souveränitätstheorie der Satz erfaßt werden, daß der Staat als ein an höchster Stelle Stehendes erkannt werden könne oder müsse.

Es ist offenbar nur ein Bild, wenn das Verhältnis des Staates zu anderen Elementen als eine räumliche Beziehung dargestellt wird. Und es kann nur darauf ankommen, sich der eigentlichen Relation bewußt zu werden, die durch das Bild eines „oben“ oder „zu-

<sup>1)</sup> Vgl. dazu DOCK, Der Souveränitätsbegriff, S. 11 ff. Besonders charakteristisch ist der bei älteren Autoren auftretende Gedanke, Souveränität sei dasselbe wie das „summum genus in logicis“, das „summum ens in metaphysicis“.

höchst stehenden“ Staates veranschaulicht werden soll. Wie so oft wird auch hier die aus Denkbequemlichkeit geschaffene Veranschaulichung zu einer Verdunkelung des Erkenntnisgegenstandes, wenn man es bei dem Bilde bewenden läßt und so den ursprünglichen<sup>1)</sup> Sinn verliert. Wenn von menschlichen Beziehungen — und nur um solche handelt es sich in der Frage der Souveränität — ein „Oben“ und „Unten“, ein „Höher“ und „Nieder“ ausgesagt wird, so kann dies ein zweifaches bedeuten. Man kann damit ein für die soziale Wirklichkeitsbetrachtung gegebenes, einen Spezialfall der Relation „Ursache — Wirkung“ darstellendes Verhältnis bezeichnen. Wenn der Wille des einen zum Motiv für den Willen des anderen wird, d. h. wenn der eine den anderen beherrscht, ist man gewohnt, den Herrschenden als „über“ dem Beherrschten stehend vorzustellen. Der Herrscher — als Träger des verursachenden Wollens — steht „oben“, der Beherrschte als Subjekt des bewirkten Wollens „unten“. Nun ist man ja geneigt, den Staat als ein solches Herrschaftsverhältnis aufzufassen. Allein ganz abgesehen davon, daß es keineswegs zulässig ist, den Staat — der als Herrschaftsverhältnis Herrscher und Beherrschte gleichermaßen umfaßt — nur mit den Herrschenden zu identifizieren, um von ihm aussagen zu können, daß er „oben“ oder „über“ den von ihm Beherrschten stehe, ist es schlechterdings ausgeschlossen, daß diese auf die Wirklichkeit des sozialen Geschehens als auf eine Natur-Realität gerichtete, an dem Kausalgesetz orientierte Betrachtung von irgend einem Herrschaftssubjekte mehr als ein (die motivierende Wirkung darstellendes) „höher“ Sein, nämlich ein „zuhöchst“ Sein, an Stelle eines Komperativs einen Superlativ aussagen kann. In der Erkenntnisrichtung sozialer Realität könnte das Bild eines Zuhöchstseins, die Annahme eines in diesem Sinne souveränen Herrschaftssubjektes nur die Bedeutung einer *prima causa* annehmen: ein Wollen, das wohl zur Ursache anderer Wollungen wird, und darum ein Subjekt, das andere beherrscht, „über“ anderen steht, „höher“ ist als diese anderen, das aber, weil zuhöchst stehend, selbst nicht beherrscht, d. h. selbst nicht von einem anderen Wollen verursacht wird.

Die naturalistische Richtung der modernen Staatslehre drängt diese immer wieder — immer wieder vergeblich und um den Preis größter Selbsttäuschung — das Souveränitätsproblem im Wege sozialer Tatsachenforschung, die Souveränität als Faktum auf naturwissenschaftlich-empirische Weise, womöglich induktiv zu erfassen. Daß es aber für eine auf die soziale Wirklichkeit gerichtete Betrach-

<sup>1)</sup> „Ursprünglich“ nicht im historischen sondern logischen Sinne!



tung so etwas wie Souveränität nicht geben kann — die Widerlegung solch monströsen Unsinn ist nur nötig, weil er in der Wissenschaft ernstlich behauptet wurde — läßt sich ja sogleich erweisen. In der Sphäre der Naturrealität muß Souveränität den Sinn etwa von Freiheit oder Unabhängigkeit einer Macht oder Herrschaft von einer anderen annehmen (also ihren eigentlichen Sinn ablegen), um überhaupt ein taugliches Operationsobjekt zu werden. Da aber Macht, Herrschaft, Gewalt im Bereiche sozialen Geschehens nichts anderes als Verursachung, speziell: Motivation ist, muß die Annahme einer Macht-, Gewalt- oder Herrschaftsquelle, d. h. also einer motivierenden Ursache, die nicht ihrerseits selbst wieder auf eine Ursache zurückzuführen und so „frei“ oder „unabhängig“ wäre, mit dem Sinn kausaler Wirklichkeitsbetrachtung völlig unvereinbar sein, da ja die prinzipielle Rückführung jeder sozialen Erscheinung auf ihre sie bestimmenden Ursachen das Postulat der Begreiflichkeit sozialen Geschehens überhaupt ist. In diesem faktischen Sinne (der jedoch keineswegs der Sinn ist, in dem das Problem der Souveränität aufgegeben ist!) kann kein Staat (richtiger: die motivierenden Kräfte, die man in diesem Zusammenhange als Staat bezeichnen mag) souverän sein, ist jeder Staat (für eine wahrhaft naturalistische Betrachtung sind nur Willensmacht übende, d. h. herrschende und beherrschte Menschen gegeben), selbst die politisch gewaltigste Großmacht nach allen Seiten des wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen Lebens von anderen bestimmt, abhängig, unfrei.

Ganz besonders in der Lehre von den Staatenverbindungen, bei der Erörterung der Frage, ob es nur souveräne oder auch nichtsoveräne Staaten gebe, verfährt die herrschende Lehre fast durchwegs so, als ob es sich dabei um die Feststellung realer Naturtatsachen handle und die gewünschte Erkenntnis auf induktivem Wege durch Beobachtung in der Sinnenwelt sich darbietender realer Tatbestände gewonnen werden könnte. Näheres Zusehen zeigt freilich sofort, daß der Autor, der unter dem Einfluß gewisser naturalistischer Schlagworte (die auf dem Gebiete der Rechts- und Staatstheorie, dieser vom Zentrum der Wissenschaften recht entlegenen Provinz, noch zu einer Zeit nachwirken, da sie von ihren eigenen Urhebern längst aufgegeben sind) die naturwissenschaftlich-induktive Methode akzeptiert zu haben behauptet, seine Resultate auf rein deduktivem Wege gewonnen hat. Allerdings ist auch die Erkenntnis von der Unmöglichkeit der induktiven Methode gerade bei der Gewinnung des Souveränitätsbegriffes, wenn auch nur vereinzelt und ohne in das wissenschaftliche Allgemeinbewußtsein aufgenommen zu sein, ausgesprochen worden; und obgleich ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, daß

es ein unmögliches Unterfangen sei, den Begriff der Souveränität dadurch zu gewinnen, daß man die souveränen von den nichtsouveränen Staaten scheidet und dann beschreibend die gemeinsame Differenz aufzeigt, weil die Unterscheidung von souveränen und nicht-souveränen Gemeinwesen bereits einen vorgefaßten Begriff voraussetzt, so ist dennoch das geistlose und oberflächliche Schlagwort von der „induktiven Methode“ (die man seltsamerweise gerade in Kreisen der Rechts- und Staatswissenschaft für die einzig wissenschaftliche zu halten geneigt ist) noch immer nicht verschwunden und richtet nach wie vor überflüssige Verwirrung an.

In einem ganz anderen Sinne als in demjenigen eines aus kausaler Seinsbetrachtung gegebenen Motivationsprozesses tatsächlicher Herrschaftsbeziehungen wird von einer „Ueber- und Unterordnung“ gesprochen, wenn damit — im Hinblick auf das Sollen gültiger Normen — das Verpflichungsverhältnis dargestellt wird, demzufolge das eine Subjekt dem Willen eines anderen zu entsprechen hat. „Ueber“ einem anderen steht der, dessen Willen als verbindlich gilt für den Willen der ihm — darum — „Unterworfenen“. Und er steht „zuhöchst“, d. h. er ist „souverän“, wenn für seinen Willen kein anderer „höherer“ als verbindlich vorausgesetzt wird. Solche Annahme ist allerdings möglich; die Voraussetzung eines „höchsten“ Willens, einer Souveränität in diesem Sinne keineswegs, wie die Annahme einer *prima causa*, in sich widerspruchsvoll und vor allem in Verbindung mit dem Staate ohne jene offenkundige Vergewaltigung der Tatsachen vollziehbar, die eine aus der Kette von Ursache und Wirkung gerissene, aber doch als Realität behauptete Staatsgewalt bedeutet. Dabei zeigt sich bei näherer Untersuchung des normativen Herrschafts- oder Ueber- und Unterordnungsverhältnisses, daß dieses nicht — wie das kausale — zwischen Mensch und Mensch besteht. „Unterworfen“ im Sinne von „verpflichtet“ ist man stets nur der Norm, dem Willen eines Menschen aber nur insoferne, als eine Norm solches statuiert, d. h. ein Verhalten als gesollt setzt, zu dessen näherer Bestimmung ein Mensch — die durch die Norm eingesetzte Autorität — delegiert wird. Deren Befehl ist nur die Ausfüllung eines Norm-Blanketts; denn Autorität ist er nur kraft Einsetzung durch die Norm. „Herrscher“ ist somit nur die Norm und „souverän“ ist dieser Herrscher nur soferne die Norm als „höchste“ vorausgesetzt wird.

Daß aber eine Norm oder ein Normensystem, eine Ordnung, als „höchste“ vorausgesetzt wird, ist ein Bild für eine bestimmte logische Qualifikation derselben. Sie wird damit als nicht weiter ableitbar, als logischer Ursprung gesetzt oder vorausgesetzt. In

dem Bilde der Ueber- und Unterordnung, des „Höheren“ und „Niederen“ kommt die logische Relation des Allgemeinen zum Besonderen, in dem Begriff der Souveränität die Kategorie des Allgemeinen, des „*summum genus in logicis*“ zum Ausdruck. Dies wird noch im einzelnen zu zeigen sein. Hier sei nur noch ausdrücklich hervorgehoben, daß insbesondere auch das der „herrschenden“ Ordnung unterworfenen Subjekt, die — physische oder juristische — „Person“ des Rechtes sich letztlich als die Personifikation einer besonderen Norm und Ordnung darstellt, die im Verhältnis zur „höheren“, weil allgemeineren, umfassenden Ordnung den Charakter einer abgeleiteten Teilordnung hat. Doch wird auch darauf noch zurückzukommen sein.

## Zweites Kapitel.

### Begriff und Wesen der Souveränität.

#### § 3.

#### Souveränität als Eigenschaft der Staats- oder Rechtsordnung.

Faßt man den Staat als soziale Realität, als ein in der Kette von Ursache und Wirkung stehendes Faktum auf, d. h. stellt man sich in der Staatstheorie auf den Standpunkt der Kausalerklärung, dann ist es schlechterdings unlogisch, eine möglicherweise sein Wesen mitkonstituierende Eigenschaft zu behaupten, die nur von einem normativen Standpunkte aus denkbar ist. Und tatsächlich ist ja der Grundirrtum vom Wesen des der Staats- und Rechtslehre gegebenen Staates, seine Auffassung als natürliche Realität, bestimmend gewesen für die Entgleisungen der neueren Souveränitätstheorie, für die Auffassung der Souveränität als einer realen Naturtatsache.

Erkennt man dagegen den Staat, so wie er sich der normativen Staats- und Rechtstheorie<sup>1)</sup> darbietet, als Norm oder Ordnung

<sup>1)</sup> Um vielfachen Mißverständnissen zu begegnen, denen die von mir vertretene „normative“ Auffassung des Rechtes ausgesetzt ist, bemerke ich ausdrücklich, daß das „Sollen“ (oder die Pflicht) die Aussageform aller Rechtssätze, keinerlei psychologischen Sinn hat. Nur um eine solche Deutung zu vermeiden, nenne ich das Recht nicht einen „Willen“, denn dieses Wort führt erfahrungsgemäß speziell bei Juristen zu psychologistischen Entgleisungen. Dem — Juristen allerdings ungeläufigen — Sprachgebrauche der Kantischen Philosophie würde es eher entsprechen, statt von Sollen von einem „reinen“ Willen zu reden. Das „Sollen“ ist für mich der Ausdruck für den spezifischen, von dem Kausalnexus der Natur verschiedenen, funktionalen Zusammenhang der Elemente im System des Rechtes, das Sollen als Gegensatz zum Sein nur der Aus-

und als solchen identisch mit dem Rechte, der als „Staat“ bezeichneten Rechtsordnung, die zusammenfällt mit der als „Recht“ bezeichneten Staatsordnung, dann ist der souveräne Staat eine höchste, d. h. von keiner höheren Ordnung ableitbar gedachte oder als oberste vorausgesetzte Ordnung. Da diese Untersuchungen rein juristische sein wollen, kommt der Staat hier nur als Gegenstand der Rechtswissenschaft in Betracht. Es bleibe völlig dahingestellt, ob unter „Staat“ noch etwas anderes als ein Rechtsbegriff verstanden werden kann, oder ob — um mit der herrschenden Terminologie zu sprechen — der Staat neben seiner rechtlichen noch eine andere „Seite“ habe. Diese Theorie, die „den“ Staat zugleich als ein natürliches Faktum und eine juristische Person behauptet und so ein und dasselbe Objekt zum Gegenstand zweier der Methode nach gänzlich auseinanderfallender Erkenntnisweisen, zweier verschiedener Betrachtungsrichtungen: einer soziologisch-naturwissenschaftlichen und einer normativ-juristischen, macht, verstößt gegen den Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei und daß daher zwei verschiedene Methoden, wie die naturwissenschaftlich-kausale und die juristisch-normative nicht ein und denselben Gegenstand — etwa den Staat „an sich“ — sondern zwei ebenso verschiedene Gegenstände erzeugen müssen, die mit dem gleichen Namen „Staat“ zu bezeichnen, nur

---

druck für den Gegensatz des Rechts-Systems zum System der Natur. Gewiß kann man auch von einem „Sein“ oder von einer „Wirklichkeit“ des Rechts sprechen; nur ist das eben ein anderes Sein, eine andere Wirklichkeit als diejenige der Natur. Und die Grenze zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft kann angesichts der naturalistischen Tendenzen unserer Jurisprudenz nicht scharf genug betont werden. — Schließlich bemerke ich, daß der Begriff des Sollens, der für mich den Oberbegriff des Rechtes bildet, keinerlei materielle Bedeutung hat. Er führt durchaus nicht den Sinn irgend eines absolut Guten oder Richtigen mit sich. Es handelt sich um einen rein formalen Begriff, durch den allein der relative Wert des positiven Rechts als solcher, in seinem spezifischen Gegensatz zur Wirklichkeit des sozialen Lebens erfaßt werden kann, ohne zugleich zur Bedeutung eines absoluten Ideals aufzusteigen. Auf einen Ausdruck jenes eigentümlichen Gegensatzes, in dem die Rechtsordnung zu der Naturwirklichkeit des sozialen Lebens stehen kann (nicht muß) — das Recht sagt: wenn a ist, so ist b, die soziale Wirklichkeit sagt: es ist a und dennoch ist b nicht — kann unmöglich verzichtet werden, wenn der spezifische Sinn des Rechtes im Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit erfaßt werden soll. Allerdings nur in diesem Verhältnis. Davon abgesehen, nämlich innerhalb des Rechtssystems selbst, hat es keinen Wert, von Sollen und von einem Gegensatz zwischen Sollen und Sein zu sprechen.

ein irreführender Fehler sein kann<sup>1)</sup>. Indes läßt sich leicht zeigen, daß alle Versuche, auf soziologisch-kausalwissenschaftlichem Wege an den Staat heranzukommen, d. h. den Staat als soziale Tatsache im Sinne eines natürlichen Faktums zu begreifen, fehlschlagen müssen, und daß alle in Betracht kommenden Versuche der Soziologie oder Staats-Soziallehre an dem entscheidenden Punkte einen vollständigen Szenenwechsel, eine völlige Richtungsänderung aus einem kausalwissenschaftlichen in einen normativen Erkenntnisbereich vollziehen, und den Staat schließlich als eine ideelle Ordnung, als ein Normensystem, somit als Idealität, nicht als Realität erweisen. In welchem Verhältnis diese Ordnung zu der Rechtsordnung steht, liegt ziemlich nahe, zumal wenn man bedenkt, daß von der Verlegenheitsformel, mit der sich die herrschende Lehre beruhigt, wenn sie meint, Staat und Recht seien zwei Seiten desselben Dinges, (auch eine Zwei-Seiten-Theorie) nur ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis ist, daß Staat und Recht eben dasselbe Ding seien. Indes muß ich diese Gedankengänge einer besonderen Arbeit vorbehalten<sup>2)</sup>. Die grundsätzliche und wohl unanfechtbare Position, von der hier ausgegangen und deren Anerkennung vom Leser beansprucht wird, ist die: daß der Staat, insofern er Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, insofern

<sup>1)</sup> Typische Vertreter dieser „Zwei Seiten“-Theorie des Staates sind KISTIAKOWSKI, Gesellschaft und Einzelwesen, 1899, und JELLINEK, System der subjektiven öffentl. Rechte, 2. Aufl. 1905. Wenn JELLINEK a. a. O. S. 13 ff. auf die Frage: „Wie habe ich mir den Staat rechtlich zu denken?“ antwortet: „Ein und dasselbe Objekt kann zu einer Fülle von Erkenntnisarten Anlaß geben“, und als Beispiel auf eine Symphonie verweist, die sowohl Gegenstand der Physik (Tonschwingungen) als auch der Aesthetik sein könne, so beweist er gerade das Gegenteil! Denn er sagt selbst — beinahe — richtig: „Für die physiologische und psychologische Betrachtung existiert eine Symphonie als konstantes Objekt nicht.“ Er hätte richtiger sagen müssen: existiert eine Symphonie überhaupt nicht, sondern nur für die Aesthetik. Daraus wäre aber zu folgern: Wenn der Staat als soziales natürliches Gebilde ein Produkt oder Gegenstand soziologisch-naturwissenschaftlicher Betrachtung ist, existiert er — eben dieser Staat — für die juristisch-normative Erkenntnis überhaupt nicht; oder umgekehrt: Wenn der Staat Gegenstand juristisch-normativer Erkenntnis ist, wenn er überhaupt „rechtlich gedacht“ werden kann, dann ist dieser Staat für eine naturwissenschaftlich-soziologische Betrachtung nicht vorhanden!

<sup>2)</sup> Ist es nicht ein verblüffendes Resultat, wenn z. B. JELLINEK, nachdem er die kausalwissenschaftliche und die normwissenschaftliche Betrachtung als zwei gänzlich auseinanderfallende Erkenntnisrichtungen charakterisiert hat, auf dem Wege der ersten zu ganz demselben Staatsbegriff gelangt wie auf dem Wege der letzteren? (Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. S. 174 ff.) Ist das nicht gerade so, wie wenn ein Biologe mit seinen spezifischen Methoden, d. h. auf empirisch-induktivem Wege — den kategorischen Imperativ der Ethik entdecken würde?

es überhaupt eine Staatsrechtslehre gibt, von der Natur des Rechtes, d. h. entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muß, weil eben „rechtlich“ nichts anderes begriffen werden kann als das Recht. und den Staat rechtlich begreifen (das ist wohl der Sinn der Staatsrechtslehre) nichts anderes heißen kann, als den Staat als Recht begreifen. Daß aber der Staat, sofern er überhaupt als Ordnung erkannt ist — vom Standpunkte juristischer Erkenntnis — nur die Rechtsordnung als Ganzes, nicht aber eine Teil-Rechtsordnung darstellen kann, das dürfte dann keines weiteren Beweises bedürfen, wenn man mit der herrschenden Lehre eine durchgängige Bezogenheit des Rechtes auf den Staat und des Staates auf das Recht anzunehmen und die Vorstellung, daß irgend ein Teil des Rechtes außerhalb des Staates oder irgend ein Teil des Staates außerhalb des Rechtes stehe, abzulehnen geneigt ist. Dabei muß natürlich betont werden, daß hier nur eine der vielen Bedeutungen ins Auge gefaßt wird, in denen nicht nur der vulgäre sondern auch der — leider ebenso vulgäre — „wissenschaftliche“ Sprachgebrauch sich des Terminus des Staates bedient, da man ja den Staat sehr häufig mit einzelnen seiner Organe (der Regierung z. B.) oder mit speziellen seiner Funktionen, oder mit gewissen seiner Voraussetzungen, besonders aber mit bestimmten natürlichen Bedingungen für die psychologische Entstehung und Existenz jener Ideologie identifiziert, deren normative Geltung und darin beschlossene Eigengesetzlichkeit allein den wahren Wesenskern bildet, auf den alle Bemühungen der methodologisch so unsichern Staats- und Rechtstheorie — eben darum nur tastend und halb unbewußt — hinzielen. Diesen Wesenskern der mannigfachen Bedeutungen des Staatsbegriffes beansprucht allerdings der hier zu Grunde gelegte auszudrücken, wenn die als Staat bezeichnete Ordnung menschlichen Verhaltens als mit der Rechtsordnung identisch behauptet wird, sofern diese Ordnung eben Gegenstand der Rechtswissenschaft sein soll. Sonderlich in der Bedeutung des Wortes „Staat“, in der diesem Souveränität zugesprochen wird, kann er — kann diese souveräne Ordnung nicht anders als mit der Rechtsordnung in ihrer Totalität identisch sein. Nicht nur deshalb, weil der verpflichtende — und nach herrschender Lehre vor allem sich selbst rechtlich verpflichtende — Staat eben nur dasjenige sein kann, von dem allein eine rechtliche Verpflichtung ausgeht: die Rechtsordnung als solche (worauf später noch zurückzukommen sein wird), sondern vor allem deshalb, weil die Staatsordnung, wenn sie nur eine Teil-Rechtsordnung

wäre, zur Gesamtrechtsordnung — die sie mit anderen Teilordnungen umfaßte — im Verhältnis des Niederen zum Höheren stünde, also nicht als höchste gelten könnte. Wie im zweiten Teile dieser Untersuchung bei den Darstellungen der möglichen gegenseitigen Beziehungen zweier Ordnungen noch zu zeigen sein wird, bedeutet das Bild, in welchem man von einer „höheren“ Ordnung im Verhältnis zu einer „niederen“ spricht, seinem normlogischen Sinne nach nichts anderes, als daß die „niedere“ Norm oder Ordnung aus der höheren „abgeleitet“ d. h. in der höheren — als Teil im Ganzen — logisch beschlossen ist. Souverän ist nur die in keiner andern „enthaltene“, weil aus keiner andern ableitbare Ordnung, d. h. souverän ist nur die alle anderen als Teilordnungen umfassende Gesamtordnung, ist der Staat als Rechtsbegriff nur, wenn er mit der Gesamtrechtsordnung zusammenfällt<sup>1)</sup>. Nur wenn Souveränität

<sup>1)</sup> Der Nachweis, daß das von der Staatsrechtstheorie immer wieder gesuchte Verhältnis von Staat und Recht — diese wahre crux unserer Wissenschaft — nur das der Identität sein kann, ist natürlich noch anders und ausführlicher zu erbringen als dies oben — durch erkenntnistheoretische Analyse der Grundposition der herrschenden Staatslehre: den Staat rechtlich zu begreifen, versucht wurde. Da jede neue Bestimmung des Staatsbegriffes auf eine terminologische Streitfrage hinauszulaufen droht, kann der Beweis für die Identität von Staats- und Rechtsordnung nur so erbracht werden, daß gezeigt wird — und dies kann gezeigt werden — wie alle typischen Versuche der bisherigen Theorie, den Begriff des Staates zu bestimmen, in eine Definition der Rechtsordnung münden. Ein solches Unternehmen — das ich einer demnächst zu veröffentlichenden Arbeit vorbehalte — will keinen neuen Begriff des Staates aufstellen, sondern lediglich durch eine Analyse des bereits herrschenden Durchschnittsbegriffes den in ihm nur terminologisch verborgenen Begriff des Rechtes bloßlegen. — Ob jede Rechtsordnung schon ein „Staat“ sei, oder ob dies nur von einer inhaltlich bestimmt qualifizierten Rechtsordnung ausgesagt werden kann — von jener nämlich, bei der die Fortbildung und Durchsetzung der Ordnung besonderen, d. h. arbeitsteilig funktionierenden Organen übertragen ist, das darf als eine bloß terminologische Frage beiseite bleiben. Jedenfalls kann der juristische Staat nur eine Rechtsordnung sein. Dabei wird hier das Recht als Zwangsordnung d. h. als ein System von Zwang anordnenden Normen vorausgesetzt. Der Zwang ist als charakteristischer Inhalt der Norm, nicht als Faktum aufgefaßt. Als gesollter Zwang kommt das Recht in Betracht, nicht als Tatsache des Zwanges, d. h. auf die Normativität, nicht die Faktizität kommt es an. Das Recht ist — um mit Kant zu sprechen — nur eine „Befugnis“ zu zwingen; (Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre § D). Allerdings kann es sich bei jeder Definition des Rechtes nur um eine vorläufige und — vom rechtstheoretischen Standpunkt aus — vorwissenschaftliche Abgrenzung des Materials handeln; gleichsam um einen Rechenansatz, der im Verlaufe der weiteren Operationen rektifiziert oder gar gänzlich beiseite geschoben wird, so wie man eine Leiter wegstößt, sobald man — mit ihrer Hilfe — die gewünschte Position erreicht hat. Eine Definition des Rechtes, die auf die Angabe einer spezifischen Differenz

als Eigenschaft des als Rechtsordnung bestimmten Staates erkannt wird, kann der gerade von der juristischen Seite der Staatstheorie aus gemachte Versuch, Souveränität als Rechtsbegriff zu deuten, einen Sinn erhalten. Ein prinzipieller Standpunktwechsel ist gegenüber der herrschenden Anschauungsweise notwendig. Nicht als die einem realen, physischen oder psychischen Naturobjekt anhaftende reale und daher empirisch induktiv beobachtbare Eigenschaft in der Außenwelt wahrnehmbarer Tatsachen ist Souveränität zu erkennen, sondern als eine Annahme, eine Voraussetzung im Denken des Staat und Recht erfassenden Betrachters. Und wenn etwa Souveränität als wesentliche Eigenschaft des Staates behauptet würde, so bedeutete dies, daß eine Ordnung (und zwar eine *Zwangsordnung*) als *Rechts- oder Staatsordnung* nur dann gelten könne, sofern ich, der Betrachter, diese Ordnung als höchste, nicht weiter ableitbare — das und nichts anderes heißt aber „souverän“ — voraussetze.

Damit ist das in der herrschenden Theorie nach mehr als einer Richtung verschobene Problem zurechtgerückt. Ausdrücklicher Hervorhebung bedarf — weil hier sofort ein Einwand gemacht werden dürfte — nur noch der folgende Umstand. Durch die Wendung: Souverän ist der Staat oder die Ordnung, die ich — der Betrachter — aus irgend welchen Gründen als höchste, nicht weiter ableitbare voraussetze, wird gerade diejenige Frage aus der juristischen Betrachtung ausgeschaltet, deren Lösung in der heute üblichen Darstellung des Souveränitätsproblems im Vordergrund zu stehen

---

zwischen Recht und anderen ähnlichen Gegenständen hinausläuft, ist nämlich nur unter einer Voraussetzung möglich, die vom immanenten Standpunkt des Rechtssystems nicht besteht: daß das Recht zugleich, weil im Vergleich mit anderen Gegenständen erkannt werden könne. Juristische Erkenntnis aber setzt das Recht als ausschließliches, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz, sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es nichts als Recht, ist alles Recht. Das besagt offenbar der Ausspruch Kants: „Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den Rechtsgelehrten, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgendeinem Lande die Gesetze zu irgendeiner Zeit wollen, verweisen will, ebenso in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung, was ist Wahrheit? den Logiker.“ (A. a. O. § 13). Oder — so könnte man hinzufügen — das Problem: was ist Leben? den Biologen. Darum ist es durchaus nicht — wie manche annehmen — ein besonderes Armutszeugnis der Rechtswissenschaft, daß diese den Begriff ihres Gegenstandes noch immer nicht endgültig bestimmt habe. Es ist aber auch jeder derartige Versuch eines Juristen vergeblich.



scheint. Die Frage nämlich: Wann ist ein Gemeinwesen souverän, oder in den hier für richtig erkannten Sinn umgedeutet: Wann setze ich, der Betrachter, eine Ordnung als souverän voraus, welches sind die Gründe, die mich zu der fraglichen Annahme, zur Wahl der entscheidenden Voraussetzung zwingend veranlassen?

Nun soll die Berechtigung dieser Frage, die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Problemstellung nicht im entferntesten in Abrede gestellt werden. Nur zwei Feststellungen seien vorgenommen. Zunächst, daß die Frage in der erstangeführten Formulierung von der herrschenden Theorie zwar gestellt, aber nicht beantwortet wird, daß man vielmehr tatsächlich an Stelle der etwa induktiv zu gewinnenden Lösung mit einer nicht weiter gerechtfertigten Voraussetzung deduktiv operiert. Auch die herrschende Lehre schaltet faktisch die in Betracht kommende Frage aus, indem sie deren Lösung voraussetzt. Dies zeigt sich beispielsweise besonders deutlich bei der Behandlung des Bundesstaates. Die Differenzen, die sich hier innerhalb der Theorie ergeben (z. B. SEYDEL-LABAND), beruhen auf einem Gegensatz in der Voraussetzung, indem die einen bei den Gliedstaaten Souveränität voraussetzen, die anderen dagegen nicht. Nur scheinbar, wenn auch im besten Glauben, werden — natürlich unnütze — Beweise dafür geführt, daß die Gliedstaaten souverän oder nichtsouverän sind. Dies wird im folgenden noch näher zu zeigen sein.

Dann aber soll die eigentliche Natur der aus dem Bereich juristischer (staatsrechtlicher) Lösbarkeit ausgeschalteten Frage aufgezeigt werden — und daraus ergibt sich erst der letzte Sinn dieser Ausschaltung. Weil Souveränität kein in der Außenwelt sozialer Tatsachen wahrnehmbares Faktum ist und solches nicht sein kann, sondern nichts anderes als eine Annahme des Betrachters, eine Betrachtungs-, Wertungs-Voraussetzung ist, bedeutet die Frage: wann ist Souveränität gegeben, so viel wie: 1. Welches sind die psychologischen Bedingungen, unter denen ich — der Betrachter — die rechtslogische Voraussetzung der Souveränität mache, und 2. welches sind die psychischen, insbesondere die sozialpsychischen und sonstigen (etwa wirtschaftlichen, religiösen, politischen, aber immer wieder nur sozialpsychisch wirksamen) Ursachen, die zu einer Massenvorstellung von Souveränität, die zu der Tatsache führen, daß auch die Volksgenossen oder doch eine bestimmte Gruppe derselben die Vorstellung von der Souveränität ihres Gemeinwesens haben, mit ihrer Staatsordnung als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren operieren. Beide Fragen fallen ja zum großen Teil zusammen. Was hier interessiert, ist der Umstand, daß es

rein psychologische und zwar sozialpsychologische Fragen sind, die mit juristischen, staatsrechtlichen Mitteln weder gestellt noch beantwortet werden können und deren Beantwortung für die juristisch-staatsrechtliche Seite gänzlich gleichgültig ist. Denn die psychologische Bestimmung ist für die (logische) Gültigkeit einer Vorstellung, die Wahrheit ihres Inhaltes irrelevant. So ist für die Richtigkeit des pythagoräischen Lehrsatzes der Denkprozeß unmaßgeblich, dessen Inhalt dieser Lehrsatz ist. Dann aber muß die Möglichkeit der Beantwortung dieser Frage wegen ihrer geradezu „hoffnungslosen Komplizität“ in demselben Maße bezweifelt werden, als feststeht, daß bisher auch noch nicht einmal der Versuch ihrer exakten Lösung gemacht wurde.

#### § 4.

Souveränität der Staatsperson als eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes.

Daß Souveränität eine Eigenschaft des Staates sei — ob eine wesentliche oder unwesentliche, sei einstweilen dahingestellt — kann nur insofern Geltung haben, als der Staat als Ordnung und die Identität dieser Ordnung mit der Rechtsordnung erkannt wird. Bei jeder anderen, von der Rechtsordnung verschiedenen Bedeutung des Staatsbegriffes müßte mit Entschiedenheit betont werden, daß Souveränität nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung, nicht aber des Staates sei. Nun ist die allgemeine Zuerkennung der Souveränitätsqualität an den Staat und die Ablehnung jedes anderen Souveränitätssubjekts durch die neuere Theorie — dieser bisher bedeutendste Fortschritt gegenüber gewissen Abirrungen der älteren Lehre — in offenbarem Zusammenhange mit der zur Herrschaft gelangten juristischen Auffassung des Staates und ein Symptom für die richtige Tendenz; in der sich der Staatsbegriff neustens dem Rechtsbegriff zu nähern und mit ihm zu verschmelzen sucht. Allein mehr als eine schwache Tendenz liegt wohl noch nicht vor. Denn gerade in seiner Souveränität tritt der Staat in der herrschenden Lehre nicht als Rechtsordnung, ja meist nicht einmal als Rechtssubjekt, sondern als reales Faktum, als Macht oder Gewalt auf. Als eine Eigenschaft der Staatsgewalt wird Souveränität zu begreifen gesucht. Nun soll hier weiter nicht davon die Rede sein, in welchem unlösbaren Widerspruch die herrschende Lehre zu der von ihr postulierten juristischen Behandlung des Staates, zu dem Grundgedanken einer Staatsrechtslehre gerät, wenn sie auch für den Bereich dieser Betrachtung — und nicht nur für die sogenannte Soziallehre vom Staate — an der Vorstellung der Staatsgewalt oder des

Staates als Gewaltfaktor festhält. Macht oder Gewalt und Recht schließen einander aus. Und wenn man sich etwa hinter die beliebte Terminologie der „Rechtsmacht“ und „rechtlich geordneten Gewalt“ zurückzuziehen sucht, so kommt man eben doch nicht über die Tatsache hinweg, daß Rechtsmacht nur eine vom Recht verliehene Macht, also überhaupt keine Macht im eigenen Sinne, sondern eine Kompetenz ist und daß rechtlich geordnete Gewalt aufhört, Gewalt zu sein, sich vielmehr nur als Inhalt einer Ordnung darstellt, die als solche allein der juristischen Betrachtung relevant ist. Daß beim Staate als einem Stück der kausal bestimmten sozialen Wirklichkeit von Souveränität in keinem irgend möglichen Sinne die Rede sein kann, ist oben gezeigt worden. Aber auch nicht jede juristische Erscheinung des Staates ist geeignet, sich mit dem Souveränitätsattribut zu verbinden. Der Staat als Person, als Subjekt von Pflichten und Rechten, der als der Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, kann schon um dieser Unterwerfung willen, streng genommen, nicht für souverän betrachtet werden. Immerhin ist die Vorstellung einer souveränen Staatsperson ein sozusagen erträglicher logischer Fehler, eine „läßliche Sünde“, die zu keinen irgendwie schädlichen Konsequenzen für den Ausbau des Systems, zu keinen ernstlichen Widersprüchen führen kann. Denn dieser der Rechtsordnung unterworfenen Staat ist materiell mit der — auch als Staat bezeichneten — Rechtsordnung selbst identisch. Ja, nur wenn die Rechtsordnung, der die Staatsperson „unterworfen“ gedacht wird, mit eben diesem Staate identisch, wenn die Staatsperson nur als eine Personifikation der „übergeordneten“ Rechtsordnung gedacht wird, darf die Annahme des Staates als eines souveränen Rechts- und Pflichtsubjekts gerade noch passieren. Es ist ja die Idee der Selbstunterworfenheit oder der Selbstverpflichtung, wie es in der herrschenden Terminologie heißt, die dieser Vorstellung der Staatsperson zugrunde liegt. Es muß also auch in der herrschenden Vorstellung der (sich selbst) verpflichtende Staat mit dem, was allein rechtlich verpflichten kann, der Rechtsordnung, identifiziert werden. Nur daß sich eben, was materiell identisch ist, aus denkökonomischen Gründen in zwei formal verschiedene Vorstellungen spaltet, der Staat als Objekt in der Rechtsordnung und der Staat als Subjekt dieser Rechtsordnung — also gleichsam sich selbst — unterworfen. Und dies geschieht durch den Denkbehelf der Personifikation.

Dabei unterläuft wie bei jeder zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommenen personifikativen Fiktion eine Verdoppelung des Erkenntnisobjektes: Der Rechtsordnung als Objekt d. h. als System von objektiv gültigen Normen menschlichen Verhaltens,

tritt das Recht als Subjekt — die Person des Staates — entgegen. Diese Verdoppelung<sup>1)</sup> bleibt ins solange ein nützlicher Denkbehelf, als man sich ihres Charakters bewußt bleibt. Sie wird aber zu einer gefährlichen Fehlerquelle, zu einem steten Anlaß der törichtesten Scheinprobleme, wenn man die Personifikation real setzt, hypostasiert und mit der Person des Staates als mit einer von dem Personifikationssubstrat, der Rechtsordnung, verschiedenen selbständigen Wesenheit operiert, den Staat das Recht „erzeugen“, „tragen“ läßt, als ob der Staat noch etwas anderes wäre als eine Menschen verpflichtende Ordnung, und sich so plötzlich vor die Frage gestellt sieht, wie es denn möglich sei, daß der Staat, der das Recht „erzeugt“, durch eben dieses Recht selbst „gebunden“ werden könne. Das ist ja das vielumstrittene „Problem“ der Selbstverpflichtung des Staates, in dem die Rechtswissenschaft die Rolle des Zauberlehrlings spielt: Die sie rief, die Geister, wird sie nun nicht los. Sie vergißt, daß sie sich die Person des Staates nur zur Veranschaulichung der in aller Vielfalt ihrer Normen doch einheitlichen Ordnung erzeugt hat, daß die logische Einheit der Rechtssätze eines und desselben Systems nur in dem Bilde eines einheitlichen Willens — der sogenannte Wille der Rechtsordnung ist identisch mit der Person des Staates, „Wille“ und Persönlichkeit juristisch eins — vorgestellt wird. Sie übersieht darum, daß Pflichten und Rechte des Staates als einer Person nichts anderes heißt als: in einer Rechtsordnung statuierte Pflichten und Rechte, daß die Zurechnung zu einer Person des Staates nur der bildliche Ausdruck jenes Einheitsbezuges ist, in dem die Pflichten und Rechte statuierenden Normen stehen. Wird ein Subjekt von Pflichten und Rechten behauptet, so wird immer behauptet, daß gewisse Pflichten und Rechte in einem einheitlichen System stehen. So zeigt sich das ganze Problem einer „Selbst“-Verpflichtung

<sup>1)</sup> Das Wesen der personifikativen Fiktion, insbesondere die mit ihr verbundene Verdoppelung und die daraus entspringenden Scheinprobleme hat VAHINGER, Die Philosophie des Als Ob, 3. Aufl. 1917 aufgezeigt. Vgl. dazu meinen Aufsatz: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie. I. Bd. S. 630 ff. Das juristische Denken ist ein durch und durch personifikatives und steht — sofern es die von ihm erzeugten Personen hypostasiert — durchaus auf der Stufe einer Mythologie, die anthropomorphistisch hinter jedem Baum eine Dryas, hinter jeder Quelle einen Quellgott, hinter der Sonne Apollo vorstellt und so die Natur als den durch Erkenntnis zu bewältigenden Gegenstand verdoppelt. Freilich ist schon unsere zu den Adjektiven ein Substantiv, zu den Prädikaten ein Subjekt hinzubildende Sprache durchaus mythologischen Charakters. Vgl. MAUTHNER, Beiträge zu einer Kritik der Sprache, III. Bd., S. 205 und Derselbe, Wörterbuch der Philosophie, II. Bd., S. 464.

des Staates als eine durch die Personifikation erzeugte künstliche Schwierigkeit, als ein Scheinproblem<sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> Sofern die herrschende Lehre den Staat als „Person“, als „Träger“ des Rechts vorstellt, leistet der Begriff des Staates der Rechtswissenschaft die analoge Funktion wie der Begriff der Substanz der Naturwissenschaft. Auf diese sehr interessante Parallele verweist SANDER in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“, I. Bd., 3. u. 4. Heft, Wien 1920, S. 341. Er nennt den Staat die „kategoriale Beharrlichkeitsform des funktionalen Zusammenhanges von Rechtssätzen“ (S. 312). Es handelt sich bei der Staatsperson eben um nichts anderes als um den personifikativen Ausdruck für die Einheit eines Systems von Rechtsnormen. Solche Besinnung ist dringend notwendig gegenüber den Exzessen eines metaphysischen Realismus, so wie er neuestens wieder in dem Werke KJELLÉNS „Der Staat als Lebensform“, 1917, zum Ausdruck kommt, wo behauptet wird, „daß die Staaten, wie wir sie in der Geschichte verfolgen und uns in der Wirklichkeit unter ihnen bewegen müssen, sinnlich vernünftige Wesen sind — genau wie die Menschen“ (a. a. O. S. 30). Vgl. dazu die Rezension SANDERS, a. a. O. S. 338 ff. und MARCK, Rudolf KJELLÉNS Theorie des Staates, Kantstudien, Band XXIII, Heft 1. KJELLÉN glaubt mit dieser Erkenntnis einen entscheidenden Fortschritt zu bewirken. Aber sagte nicht schon BLUNTSCHELI, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. I. Bd., 1875, S. 22: „Indem die Geschichte uns Aufschluß gibt über die organische Natur des Staates, läßt sie uns zugleich erkennen, daß der Staat nicht mit den anderen Organismen der Pflanzen und Thiere auf Einer Stufe stehe, sondern von höherer Art sei. Sie stellt ihn als einen sittlich-geistigen Organismus dar, als einen großen Körper, der fähig ist, die Gefühle und Gedanken der Völker in sich aufzunehmen und als Gesetz auszusprechen, als Tat zu verwirklichen. Sie berichtet uns von moralischen Eigenschaften, von dem Charakter der einzelnen Staaten. Sie schreibt dem Staate eine Persönlichkeit zu, die mit Geist und Körper begabt, ihren eigenen Willen hat und kundgibt.“ BLUNTSCHELI begnügt sich nicht, dem Staate Geist und Körper, eigenes Denken, Fühlen und Wollen und einen Charakter zuzusprechen. Er stellt sich — konsequenterweise — auch die Frage, welches Geschlecht dieses Lebewesen hat, und entscheidet sich für das männliche: „Der Staat ist der Mann“ (S. 34). Im Gegensatz zur Kirche, die weiblichen Geschlechts ist! (S. 23). — Ich lege den größten Wert auf die Feststellung, daß solche Ergebnisse der Staatswissenschaft keineswegs bloß persönliche Entgleisungen und daher nicht sonderlich ernst zu nehmen sind. Vielmehr treten hier die — freilich nur selten so mutig und rückhaltlos gezogenen — Konsequenzen einer bei Juristen und Soziologen ganz allgemein verbreiteten Grundvorstellung zutage. Wie BLUNTSCHELI so führt die ganze herrschende Lehre die „Persönlichkeit“ des Staates ebenso wie die Persönlichkeit des Menschen auf einen „Willen“ zurück. Der Staat hat einen „Willen“, „der verschieden ist von dem Individualwillen aller Einzelnen und etwas anderes ist als die Summe der Einzelwillen“ (BLUNTSCHELI, a. a. O. S. 23). Das ist eine ausnahmslos akzeptierte Anschauung. Dieser von dem Willen der Einzelnen verschiedene „Wille“ des Staates ist natürlich nichts anderes als die für die Einzelnen in objektiver Geltung stehende, d. h. den Willen der Einzelnen gegenüber als objektiv gültig vorausgesetzte, daher mit diesen Einzelwillen möglicherweise in Widerspruch geratende Ordnung, Rechts-

Die Person des Staates ist nur in vergrößertem Maßstabe was jede andere juristische Person, aber auch jede physische Person ist: die Personifikation von Rechtsnormen. Während aber der Staat die Personifikation der totalen Rechtsordnung ist, sind die anderen juristischen und die sogenannten physischen Personen die Personifikationen von Teilrechtsordnungen, so die Gemeinde der Gemeindeordnung, die Aktiengesellschaft des Statutes usw. Speziell die sogenannte physische Person: die Personifikation aller das Verhalten eines Menschen regelnden Normen<sup>1)</sup>. Diesen Personen, d. h. den durch sie personifizierten Teilrechtsordnungen gegenüber verhält sich die Rechtsordnung wie das Allgemeine zum Besonderen und so kann man behaupten, daß diese Personen aus der Rechtsordnung abgeleitet, daß

oder Staatsordnung. Daß man diese Ordnung, dieses System von Soll-Normen mit einem „Willen“ vergleicht, liegt sehr nahe; einerseits kommt dadurch die Einheit dieser Ordnung sinnfällig zum Ausdruck, andererseits macht man sich das Wesen des Sollens am leichtesten an dem eigenen Erlebnis des Wollens — des Wollens eines Verhaltens anderer — verständlich. Der Fehler beginnt erst, wenn man aus diesem veranschaulichenden Bilde eine Identität macht und — wie das ganz allgemein geschieht — den „Willen“ des Staates für wesensgleich hält mit dem Willen eines Menschen, wenn man den Willen des Staates als realpsychischen Akt auffaßt. Das sind dann nicht die Konsequentesten, die diese psychische Qualität des Staates — das Wollen — ohne die komplementären Qualitäten des Denkens und Fühlens, die diese Staats-Seele ohne den dazu gehörigen Staatskörper lassen und sich womöglich noch erhaben über jene dünken, die den psychischen Staatswillen ernst nehmen und zu einer organischen Sozialtheorie greifen. Zur Frage des „Willens“ in der Rechtswissenschaft vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 97 ff.

<sup>1)</sup> „Physische Person“ und „Mensch“ ist auch die herrschende Lehre gewohnt zu unterscheiden. Sagt man: eine physische Person „hat“ Pflichten und Rechte bestimmten Inhalts oder „ist“ zu bestimmtem Verhalten verpflichtet oder berechtigt, so geschieht das in demselben Sinne, wie wenn man dies von einer juristischen Person, insbesondere der Person des Staates behauptet: nämlich daß ein bestimmtes Verhalten den Inhalt der Normen eines ganz bestimmten einheitlichen Normensystems bildet, sei es einer Teilrechtsordnung oder der Gesamtrechtsordnung. Sagt man, ein Mensch hat bestimmte Pflichten, so bedeutet dies: daß dieses Menschen Verhalten den Inhalt von Rechtsnormen bildet. In diesem Sinne kann nur vom Menschen — nicht aber von Personen — ausgesagt werden, daß sie Pflichten und Rechte haben, verpflichtet und berechtigt sind. Nur wenn man den Staat (oder eine andere juristische Person) als eine Art Mensch vorstellt, realisiert, hypostasiert, wenn man ein Verhalten (Handeln) des Staates als etwas vom menschlichen Verhalten verschiedenes und selbständiges vorstellt, entsteht eine unlösbare Schwierigkeit: nämlich die, sich Pflichten des Staates ebenso vorzustellen wie Pflichten eines Menschen. Daraus entsteht dann die schiefe Frage: Wie kann der Staat, der doch die Rechtsordnung erzeugt, ebenso verpflichtet werden, wie der Mensch, der der Rechtsordnung unterworfen ist?

die Persönlichkeiten von ihr „verliehen“ werden. Gerade die Staatsperson ist aber die Totalrechtsordnung selbst.

Darum ist es nur ein systematisch-ästhetischer Verstoß, dem Staat als einem der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt das Attribut des „höchsten, obersten“ zuzusprechen, das nichts Höheres über sich hat, aus keiner höheren Ordnung abgeleitet ist, obgleich die Hilfsvorstellung der Staatsperson nur durch die Fiktion zustande kommt: als ob auch der Staat — als Pflicht- und Rechtssubjekt — aus der Rechtsordnung abgeleitet würde. Bei der weitgehenden Analogie, die zwischen der Begriffstechnik der Theologie und jener der Jurisprudenz besteht — beides sind ja normative Disziplinen! — und speziell bei der außerordentlichen Verwandtheit in der logischen Struktur des Gottes- und des Staatsbegriffes liegt es nahe, auf die Parallele zu verweisen, die zwischen der Spaltung des materiell identischen Staates in die objektive Rechtsordnung und das der Rechtsordnung unterworfenen Pflicht- und Rechtssubjekt, dessen Pflichten und Rechte aus der Rechtsordnung abgeleitet sind, und jener Spaltung besteht, mit der die katholische Theologie die Gottheit in Vater und Sohn scheidet. In der Vorstellung des einem Gottvater untertanen Gottsohnes verzichtet die Theologie ebenso auf das unmittelbare (wenn auch nicht auf das mittelbare) dem Gottesbegriff wesentliche Moment eines höchsten Willens und das Attribut der Allmacht wie die Jurisprudenz bei der Staatsperson auf Souveränität<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Der Allmacht Gottes in der Natur entspricht durchaus die analoge Allmacht des Staates im Bereiche des Rechtes. Das theologische und das entsprechende juristische Dogma haben den gleichen Sinn. Wie die Weltordnung dem Theologen als Wille Gottes, erscheint die Rechtsordnung dem Rechtstheologen als Wille des Staates und dieser Wille kann jeden beliebigen Inhalt aufnehmen. Weder aus dem Begriff Gottes noch aus dem der Natur ergibt sich eine Schranke für den Inhalt dieses Willens. Das Verhältnis von Gott und Natur bietet die gleichen spekulativen Möglichkeiten, wie das Verhältnis von Staat und Recht. Vollkommen parallel sind auch die Relationen „Gott — Mensch“ und „Staat — Individuum“. Die juristische „Theorie“ läuft hier — ohne sich dessen bewußt zu sein — meist auf längst gebahnten theologischen, aber nicht selten auch auf mystologischen Gedankenwegen. — Ueber die historischen Beziehungen zwischen Jurisprudenz und Theologie im Mittelalter vgl. die leider sehr dürftigen Bemerkungen bei STINZING, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abt. 1880, S. 88 ff. — Die innige Verwandtschaft zwischen Atheismus und Anarchismus zeigt sich deutlich bei STIERNER, insbesondere aber bei BAKUNIN, dessen Schrift „Gott und der Staat“ (Hauptwerke des Sozialismus und der Sozialpolitik, herausgeg. von GRÜNBERG, Neue Folge, Heft 2, 1919) allerdings die entscheidende erkenntnistheoretische Parallele gänzlich übersieht.

## § 5.

## Die Lehre von der Rechtssouveränität.

Von der Idee des Rechtsstaates ausgehend hat KRABBE<sup>1)</sup> in konsequenter Verfolgung des Gedankens, daß der Staat dem Rechte unterworfen, das Recht somit über dem Staate aufgerichtet sei, die These vertreten, daß nicht der Staat, sondern das Recht souverän sei. In einer meisterhaften Kritik der deutschen Staatsrechtslehre zeigt er die Widersprüche auf, in die sich eine Theorie verwickeln muß, die den Staat als Macht oder Gewalttatsache und zugleich als Rechtsperson begreifen will. Er stellt der Lehre von der Staatssouveränität, die jede Macht und folglich auch das Recht vom Staate herleitet, die Lehre von der Rechtssouveränität entgegen, nach der jede Gewalt, welche in der Gesellschaft Geltung beansprucht, einzig und allein Rechtsgewalt ist. Er erkennt aber nicht, daß die Souveränität des Staates und die Souveränität des Rechtes kein Gegensatz, daß vielmehr beide identisch sind, daß dies gerade der richtige Kern der auch von der deutschen Staatsrechtslehre vorgebrachten Souveränitätstheorie ist. Diese Erkenntnis hat sich KRABBE dadurch verschlossen, daß er selbst nur mit einer sehr unklaren und widerspruchsvollen Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Recht und Staat operiert. KRABBE betrachtet den Staat als eine vom Recht prinzipiell verschiedene Wesenheit. Trotzdem er tiefer als irgendein anderer Theoretiker den die Gesellschaft oder doch gewisse gesellschaftliche Gebilde konstituierenden Charakter des Rechtes erkannt hat, bleibt es ihm dennoch versagt, durch den Schleier der bis zur Hypostasierung verdichteten Personifikation des Staates hindurch dessen Substrat: die Rechtsordnung, zu sehen. Obgleich er eine selbständige Staatsgewalt leugnet — alle Gewalt ist doch Rechtsgewalt — so läßt er doch das Recht vom Staate erzeugen<sup>2)</sup> und handhaben<sup>3)</sup>, ja es entsteht für ihn — ganz so wie für die von ihm sehr treffend kritisierte Selbstverpflichtungslehre — das Problem: Wie kann das Recht eine selbständige Gültigkeit gegenüber dem Staate besitzen, da doch die Bildung des Rechtes in steigendem Maße vom Staate ausgeht<sup>4)</sup>? Dabei ist er der Erkenntnis einer Identität von Recht und Staat oft zum Greifen nahe! So wenn er als der Lehre von der Rechtssouveränität entsprechend dem Ausspruche STAHLs zustimmt, der Staat sei die realisierte Rechtsordnung, und die Frage nach dem Grunde des Rechtes sei identisch mit der Frage

<sup>1)</sup> Die Lehre der Rechtssouveränität. 1906.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 5.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 185.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 5 und S. 246.



nach dem Grunde des Staates<sup>1)</sup>, oder wenn er geradezu behauptet, die Produktion und die Handhabung des Rechtes — diese von ihm dem Staate zugesprochenen Funktionen — erfolgen: durch das Recht selbst<sup>2)</sup>! Für KRABBE steht — ganz wie in der herrschenden Lehre — der Staat dem Rechte etwa so gegenüber wie der physische Mensch. Obgleich er erkennt, daß der Staat — zum Unterschied vom physischen Menschen — nichts anderes kann als wozu die Rechtsordnung ihn ermächtigt<sup>3)</sup>, der Staat also offenbar auch nichts anderes ist als eine — personifizierte — Summe von Rechtsnormen, während der Mensch eben ein von der Rechtsordnung unabhängiges Wesen ist, versucht KRABBE dennoch den Staat in voller Parallele zum Einzelmenschen als ein von der Rechtsordnung unabhängiges Wesen und zwar als einen vom Recht zunächst verschiedenen Zweck, als Gemeinschaftszweck, oder als eine — von der Rechtsordnung zunächst verschiedene Ordnung, nämlich als eine Gemeinschaftsordnung zu erkennen<sup>4)</sup>: „Wenden wir nun die Kategorie „juristische Person“ auf den Staat an, dann wird damit zu verstehen gegeben, daß in dem mit dem Staate gegebenen Zwecke Menschen zu einer Gemeinschaft vereinigt sind, und daß dadurch ein neues Wertsubjekt und infolgedessen auch ein neues Rechtssubjekt funktioniert“<sup>5)</sup>. „In dem Staat erhält der Gemeinschaftszweck rechtspersönliches Leben“<sup>6)</sup>. Daß dieser Zweck nur der Rechtszweck, daß diese Gemeinschaft nur eine durch die Rechtsordnung konstituierte Gemeinschaft sein kann, daß daher Staat und Recht identisch sein müssen, diese Konsequenz scheint unvermeidlich, wenn KRABBE ausdrücklich erklärt, daß es „die ordnende Gewalt des Rechtes“ sei, die „zwischen Menschen den Zusammenhang, der sie zu einer Gemeinschaft erhebt“, vermittelt<sup>7)</sup>, und wenn er sagt: „Jede öffentlich-rechtliche Person hat den Gemeinschaftszweck nur insofern zu verwirklichen, als ihre Kompetenz rechtlich feststeht. Das Recht ordnet Zusammensetzung, Funktionierung und Kompetenz, sorgt mithin in letzter Instanz für Zusammenhang und Einheit“<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> KRABBE a. a. O. S. 180, STAHL, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 313.

<sup>2)</sup> „... Daß man sagen kann, das Recht handhabe sich selbst, was dann wiederum die selbständige Geltung des Rechtes zum Ausdruck bringt. Nicht weniger als die Produktion des Rechts ist dessen Handhabung Aufgabe der Rechtsordnung, und weder für die Produktion noch für die Handhabung gibt es eine andere Gewalt als einzig und allein das Recht.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 17.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 197 ff.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 207.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 211.

<sup>7)</sup> a. a. O. S. 176.

<sup>8)</sup> a. a. O. S. 240.

Wenn KRABBE dennoch zwischen der „Staat“ genannten Gemeinschaftsordnung und der Rechtsordnung unterscheidet — und diese Unterscheidung läßt ihn im Banne jener zu Scheinproblemen führenden Hypostasierung des Staates — so ist das schließlich nur so zu erklären, daß er allmählich den Rechtsbegriff verengt, um für einen — unter einen weiteren Rechtsbegriff allerdings noch fallenden — Staatsbegriff Raur zu gewinnen. Er unterscheidet zwei Hauptzwecke oder Funktionen des Staates: Rechtsrealisierung und Genußrealisierung, und er versteht unter dem ersteren Gesetzgebung und Rechtsprechung, unter dem letzteren die Verwaltung<sup>1)</sup>. Allein auch die sogenannte Genußrealisierung ist Rechtsrealisierung, ist Realisierung der Rechtsordnung, nicht nur im Sinne der Rechtsanwendung, sondern auch im Sinne der Rechtserzeugung. Jede Verordnung, jede Entscheidung und Verfügung ist zugleich Rechtsanwendung wie Rechtserzeugung. Die Ordnung der Verwaltung ist nur ein Teil der Rechtsordnung. Die „Realisierung“ als reines Faktum fällt überhaupt außerhalb des Rahmens juristisch-normativer Erkenntnis. Dieser sind eben nur Normen, generell oder individuell, gegeben. So wie man den „Staat“ mitunter mit speziellen seiner — d. h. des Rechtes — Organe zu identifizieren geneigt ist, z. B. mit der „Regierung“, so besteht auch die Tendenz, den „Staat“ in irgendeine besondere Beziehung zu dem als „Verwaltung“ bezeichneten Teil der Rechtsordnung zu setzen, den man — offenbar wegen des hier vorherrschenden freien Ermessens — von der übrigen Rechtsordnung als dem „Recht“ im eigentlichen und engeren Sinne abzuschneiden geneigt ist. Alle diese Begriffsbildungen — deren psychologische Analyse gewiß interessant wäre — vermengen aber unkritisch das formale Rechts-, mit einem materiellen Rechtsinhaltsmoment. Es scheint, daß auch KRABBE diesem Fehler verfallen ist.

Die Vorstellung, daß der Staat das Recht erzeuge, diese unaufgelöste Hypostasierung — muß KRABBE schließlich sogar zur Aufhebung der These von der Rechtssouveränität treiben. Der Staat muß nämlich bei der Erzeugung der Rechtsordnung als frei, d. h. als Gewalt erkannt werden zum Unterschied von seiner Funktion als Verwalter oder Genußverwirklicher, wo eben allein Rechtsgebundenheit, d. h. Gebundenheit durch das vom Gesetzgeber — d. i. der „Staat“ — erzeugte Recht besteht. Das spricht KRABBE auch ausdrücklich aus<sup>2)</sup>. Damit ist aber der Satz hinfällig, den er als Charakterisierung der These von der Rechtssouveränität ausgesprochen hat: „Bei dem Streben nach Erreichung seines Zweckes bleibt auch der Staat

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 217.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 248.

gebunden durch das Recht<sup>1)</sup>. Erzeugt der Staat das Recht, dann ist eben — ganz so wie die Theorie der Staatssouveränität es lehrt — der Staat die Quelle des Rechts, somit der Staat, nicht das Recht souverän. Allein der Staat kann das Recht ebensowenig erzeugen oder bilden oder produzieren, wie das Recht sich selbst erzeugen, bilden oder produzieren kann.

Wenn KRABBE der Lehre von der Staatssouveränität die Lehre von der Rechtssouveränität entgegensetzen zu sollen glaubt, so übersieht er, daß auch die erstere im Grunde eine Rechtstheorie ist. Sehr treffend bemerkt er: „Die Theorie der Staatssouveränität hat ihren Grund in der Vorstellung, daß die Gewalt in einem persönlichen Befehlsrecht wurzle. Die Theorie der Rechtssouveränität beruht auf dem Gedanken einer unpersönlichen, den Rechtsnormen, eben weil sie Rechtsnormen sind, eigenen Gewalt“<sup>2)</sup>. Wenn man bei der Lehre von der Staatssouveränität speziell an jene Theorie denkt, die das Recht aus der Gewalt des Staates ableitet, dann muß man sich bewußt werden, daß hier als „Staat“ ein ganz spezielles Organ, nämlich das Gesetzgebungsorgan verstanden wird, und daß diese Theorie in der absoluten Monarchie entstanden ist, wo der Wille eines einzelnen Menschen — des Monarchen — den Inhalt der Rechtsordnung bestimmt. Allein wenn der Befehl des absoluten Monarchen als Recht angesehen wird, dann muß als Ursprungsrechtssatz die Norm vorausgesetzt werden: Verhalte dich so oder es soll auf die Art und unter den Bedingungen Zwang geübt werden, wie es der Monarch befiehlt. Dieser Rechtssatz ist die letzte Quelle ebenso des Rechtes wie der — nur als Rechtsmacht — erkennbaren „Staats“gewalt, auch in der absoluten Monarchie. Denn Recht kann nur wieder aus Recht „erzeugt“, d. h. logisch abgeleitet werden. Sicherlich ist die Vorstellung zulässig, dem absoluten Monarchen sei alles erlaubt; aber diese Vorstellung besagt auch, daß ihm alles erlaubt, das ist aber vom Recht, von jenem Ursprungsrechtssatz erlaubt sei, daß er rechtlich ermächtigt sei, zu befehlen, Zwang anzuordnen. Nach einem Befehlsrecht ist die Frage, wie KRABBE selbst hervorhebt. Gewiß ist es psychologisch zu begreifen, daß gegenüber dieser materiellen Willkür, dieser Ungebundenheit in inhaltlicher Beziehung, die formale Gebundenheit durch das Recht des Ursprungsrechtssatzes — ohne dessen, wenn auch nur stillschweigende Voraussetzung eben kein Befehl des absoluten Monarchen als Recht vorgestellt werden könnte — im juristischen Bewußtsein vernachlässigt oder gar ganz verdrängt wurde. Be-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 5.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 47.

greiflich ist auch, daß die — begriffsnotwendige — Determinierung des Gesetzgebungsorganes durch das Recht eines Ursprungsrechtssatzes erst deutlicher ins Bewußtsein trat, als dieser die Delegation zur Fortbildung der Rechtsordnung, die Ermächtigung zur Gesetzgebung einer Volksvertretung, sei es allein (Republik), sei es in Verbindung mit einem Monarchen (beschränkte Monarchie) erteilte. Denn wenn der im Ursprungsrechtssatz als Bedingung oder Form für jede Aenderung oder Fortbildung der Rechtsordnung bestimmte Gesetzgebungsprozeß in dem qualifizierten Zusammenwirken von auf eine komplizierte Weise zu berufenden Menschen sich vollzieht, dann ist bei dem in der vulgären Vorstellung den „Staat“ schlechtweg repräsentierenden Rechtserzeugungsorgan beinahe sinnfällig das Moment der Willkür ausgeschaltet und es wird an dieser entscheidenden Stelle eine gewisse Gebundenheit manifest, die schließlich zur Theorie des sogenannten Rechtsstaates führt: d. h. zu der Vorstellung, der Staat ist durch das Recht gebunden. Indem eine irgendwie geartete rechtliche Determination der (in einer „pars pro toto“) als Staat angesprochenen Gesetzgebung in das juristische Bewußtsein tritt, wird man auch gewahr, daß überhaupt jede als Staatsakt qualifizierte, d. h. dem Staate zuzurechnende menschliche Handlung nur aus einer rechtlichen Determinierung heraus, d. h. nur als bestimmter Inhalt einer Rechtsnorm in ihrer spezifischen Qualität erkannt werden kann. Daß freilich diese Art der Determinierung eine wesentlich andere ist als die des Gesetzgebungsaktes, und daß der Staat, dem man die Akte der Exekutive (Rechtsprechung und Verwaltung) zurechnet, einen ganz anderen und zwar viel weiteren Begriff darstellt als der Staat, dessen „Gewalt“ man im Gesetzgebungsakt zu erblicken glaubt, das wird freilich meist übersehen. Schließlich behauptet man mit der Souveränität dieses Staates doch immer wieder nur das Zuhöchst- und Nichtweiterableitbar-Sein jener Rechtsordnung, die aus dem Ursprungsrechtssatz (der Verfassung im rechtologischen Sinne) deduziert, in ihr als in einem Gesamtrahmen beschlossen, trotz des steten Wandels im Inhalt der einzelnen Normen als einheitlich und im Wechsel der Zeiten identisch erkannt werden muß.

Es ist darum ein Irrtum, wenn KRABBE seiner Theorie der Rechtssouveränität nur eine historisch bedingte Gültigkeit zuspricht, indem er eine Souveränität des Rechtes nur für die konstitutionelle Monarchie oder die Republik, kurz nur dort behauptet, wo die Gewalt nicht in einem persönlichen Befehlsrecht wurzelt. KRABBE sieht nicht, daß jeder Staat ein Rechtsstaat ist, auch die absolute Monarchie, und daß auch bei dieser alle Gewalt,

sofern eben nach ihrem Grund, also nach ihrer Rechtfertigung gefragt wird, unpersönlich im Rechte, d. h. letztlich in jenem Ursprungsrechtssatz wurzelt, der, auch wenn er nur ein persönliches Befehlsrecht erteilt, nur einen einzelnen Menschen zur Gesetzgebung ermächtigt, alle auf dem von ihm vorgeschriebenen Wege inhaltlich erzeugten Rechtsnormen als ein einheitliches Normensystem, als unpersönliche Rechtsordnung umschließt. Es ist nicht so, daß früher, zur Zeit des Absolutismus, die Lehre von der Staatssouveränität und jetzt, zur Zeit der Republik oder beschränkten Monarchie, die Lehre von der Rechtssouveränität richtig ist; sondern es ist so, daß stets und überall, wo die Ideologie des Staates in Frage kommt, „Souveränität“ — sei es nun bewußt oder unbewußt — nichts anderes bedeuten kann, als daß jene Zwangsordnung, die man als das Recht erkennt und als Staat zu personifizieren pflegt, als eine höchste, nicht weiter ableitbare vorausgesetzt wird. Das freilich unterläuft nicht selten, daß Juristen mit Berufung auf die Souveränität des Staates für gewisse Fälle oder innerhalb eines ganz bestimmten Rechtsbereiches — speziell desjenigen der Verwaltung — auch unter einer konstitutionellen Verfassung eine Argumentation in Anspruch nehmen, die nur in der absoluten Monarchie möglich war: Da dem „Staate“ alles erlaubt sei, können auch ohne die verfassungsmäßige Gesetzesform, auch ohne Ermächtigung in einer solchen Gesetzesform Staatsakte bestimmten Inhaltes gesetzt werden; das heißt aber nichts anderes als: Akte, die in der absoluten Monarchie Rechtsakte, weil durch den hier geltenden Rechtssatz gedeckt waren, daß dem Monarchen oder seinen von ihm bevollmächtigten Dienern alles erlaubt sei, nunmehr unter der geänderten Rechtsvorsatzung des Konstitutionalismus nach dem Ursprungsrechtssatz der absolutistischen Verfassung als Staatsakte d. h. aber als Rechtsakte zu rechtfertigen. Es ist der der deutschen Staatstheorie politisch zwar geglückte, rechtslogisch aber mißglückte Versuch, ein Stück des monarchischen Absolutismus auch unter der Geltung der konstitutionellen Verfassung zu konservieren.

### § 6.

#### Die Lehre von der Rechtssouveränität; Fortsetzung.

In seinem neuesten Werke: „Die moderne Staatsidee“<sup>1)</sup> nähert sich KRABBE noch mehr der Erkenntnis der Identität von Recht und Staat. Er sagt geradezu, die moderne Staatsidee „behauptet nicht

<sup>1)</sup> HAAG, 1919.

mehr, daß der Staat sich dem Recht unterordne, sondern daß die Autorität des Staates nichts weiter ist als die Autorität des Rechtes<sup>1)</sup>. Trotzdem kommt er noch immer nicht zur vollen Einsicht der Identität. Immer noch läßt er Staat und Recht als zwei verschiedene Wesenheiten nebeneinander bestehen. Das zeigt sich schon darin, daß er im unmittelbaren Anschluß an das eben Zitierte erklärt: „Der Staat wird dieser Auffassung zufolge nicht vom Rechte bezwungen, sondern er ist von der Autorität des Rechtes erfüllt“; also doch etwas anderes — wenigstens der Form nach — als das Recht. Vor allem aber lehrt KRABBE — nachdrücklicher und deutlicher noch als in seinem früheren Werke — daß die Identifikation der Macht des Staates mit jener des Rechts ein historischer Prozeß sei. Was er der herrschenden Staatslehre vorwirft, ist: daß sie eine tatsächliche Entwicklung, eine „Veränderung in den Herrschaftsverhältnissen“ ignoriert, „welche seit etwa einem halben Jahrhundert sich allmählich vollzieht“<sup>2)</sup>. Indem KRABBE der „Rechtsgewalt“ die „Obrigkeitsgewalt“ gegenüberstellt, glaubt er die folgende historische Entwicklung aufzeigen zu können: Ursprünglich ist der Staat eine reine Rechtsgemeinschaft. Eine „Obrigkeit“ entsteht erst mit der Ausbildung militärischer Organisation. Diese „Obrigkeit“, der Heerführer, der König, gründet seine Stellung zunächst noch auf das Recht, das durch das Volk oder die Volksversammlung erzeugt wird. Mit zunehmender Macht des Oberhauptes macht sich dieses vom Volksrecht unabhängig. „Von diesem Augenblicke herrschen über die Gemeinschaft tatsächlich zwei verschiedene, nicht aufeinander zurückführbare Gewalten, nämlich die uralte Gewalt des Rechtes und die neue Gewalt, welche sich als Obrigkeitsgewalt anmeldet“<sup>3)</sup>. Unversehens identifiziert KRABBE das Recht mit dem „Volksrecht“ und den Staat mit der autokratisch organisierten „Obrigkeit“. Deutlich tritt dies bei der Darstellung zutage, die er von dem historischen Prozesse gibt, in dem die „moderne Staatsidee“ entstand. Es ist sehr bezeichnend, daß er die Identifikation von Rechts- und Staatsgewalt in der Ausbildung des Konstitutionalismus erblickt. „Der alten, historischen, in dem König verkörperten Obrigkeitsgewalt stellt sich ein aus dem Volke und durch das Volk gewähltes Organ als die Volksvertretung gegenüber, welche eine andere Gewalt als die Obrigkeitsgewalt zur Offenbarung bringt.“ Diese andere Gewalt sei eben die des Rechtes. Und in demselben Maße wie die Obrigkeit dem „Gesetz“, das ist dem Beschlusse der Volksvertretung unterworfen wird, realisiert sich die

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 2.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 3.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 14.

Idee des Rechts-Staates, das ist die Idee der dem Volksrecht unterworfenen Obrigkeit. „Vollständig gelangt aber diese Staatsidee erst dort zum Ausdruck, wo entweder die republikanische oder die parlamentarische Regierungsform sich ausgebildet hat. Wo dagegen, wie etwa (früher) in Preußen das Sanktionsrecht des Königs noch ein lebendiges Recht ist, ist die alte Obrigkeitsidee noch nicht ganz ausgeschaltet . . .“<sup>1)</sup>. In diesen Staaten, „namentlich in Deutschland, Oesterreich und Ungarn“ habe sich noch bis vor kurzem „unabhängig vom Recht eine Gewalt“ geltend gemacht, eben jene „außerhalb des Rechtes bestehende, vom Rechte mehr oder weniger eingeschränkte Obrigkeitsgewalt“; eben darum sei dort die Lehre von der Rechts-souveränität nicht zur Herrschaft gekommen<sup>2)</sup>. Aber wäre in solchen Staaten diese Lehre nicht falsch? Stünde hier nicht tatsächlich neben der Rechtsidee die Staatsidee als Obrigkeitsidee? Ist aber nicht diese ganze Gegenüberstellung von Recht und Staat und damit diese ganze mißverständliche Umdeutung eines logisch-systematischen Verhältnisses zweier Begriffe zu dem historischen Prozeß einer tatsächlichen Entwicklung verschiedener Kräfte nur dadurch möglich, daß KRABBE mit einem künstlich verengten Rechtsbegriff und einem ebenso willkürlich eingeschränkten Staatsbegriff operiert? Recht ist ihm nur ein auf bestimmte Weise, nämlich demokratisch erzeugtes Recht. Aber warum in aller Welt sollte Recht nicht auch autokratisch, durch Befehl des absoluten Monarchen entstehen können? Es kommt durchaus auf die jeweilige Gestaltung des Ur-Rechtssatzes, der juristischen Ursprungshypothese oder Verfassung im rechtslogischen Sinne an, was als „Quelle“ des Rechts zu gelten habe. Aus dem Begriffe des Rechtes geht keine Bestimmung dieser Quelle hervor. Allerdings bedient sich KRABBE keines positivistischen Rechtsbegriffes. Recht ist ihm nur ein Ausfluß des Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins. Er zögert nicht, zu behaupten, ein Gesetz, welches sich nicht auf diese Grundlage stützt, ist nicht Recht<sup>3)</sup>. Auf die Haltbarkeit dieser Anschauung soll hier nicht eingegangen werden. Allein selbst wenn man das Rechtsgefühl als letzte Quelle des Rechtes annimmt: Sollte die absolute Monarchie sich nicht sehr häufig gerade auf das Rechtsgefühl der breitesten Massen stützen? Das müßte für eine psychologische Rechtstheorie quaestio facti bleiben. Was KRABBE als bloß obrigkeitlichen Befehl gelten lassen will, kann auch nach seiner eigenen Rechtsanschauung „Recht“ sein. Spricht er doch selbst von einem „lebendigen Recht“<sup>4)</sup> des Monarchen und läßt so die Obrigkeitsidee

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 36.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 42.<sup>3)</sup> a. a. O. S. 50.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 36.

auch als eine Rechtsidee gelten. Andererseits ist durchaus nicht zu begreifen, warum nur die autokratisch berufenen Organe als „Obrigkeit“ bezeichnet werden sollen. Sind nicht das vom Volk gewählte Parlament, der vom Volke gewählte Präsident, die vom Parlamente gewählte Regierung ebenfalls „Obrigkeit“, d. h. Menschen, deren Willensäußerung in bestimmten Schranken von der Rechtsordnung anderen Menschen gegenüber für verbindlich erklärt sind? Der Gegensatz, den KRABBE zwischen Recht und Obrigkeit und damit — wenigstens für gewisse Entwicklungsperioden — zwischen Recht und Staat erblickt, ist nur der Unterschied zweier verschiedener Rechtserzeugungsmethoden, der demokratischen und der autokratischen; und dieser Unterschied zweier Rechts-Formen ist identisch mit dem Unterschied zweier Staats-Formen! Historisch mögen immerhin beide Formen miteinander im Kampfe gestanden haben. Von dem systematischen Standpunkte einer Staatslehre ist es jedoch ausgeschlossen, zu behaupten, daß — zu irgendeiner Zeit — „zwei verschiedene, nicht aufeinander zurückführbare Gewalten“, nämlich die Gewalt des — allein als Recht gelten gelassenen — Volks-Rechtes und die Gewalt des — zur autokratischen Obrigkeit zusammengeschrunpften — Staates über die Gemeinschaft herrschen. Soll nur eine „Gemeinschaft“ bestehen, kann nur eine Ordnung gelten. Ueberdies schließen sich das demokratische und das autokratische Rechtserzeugungsprinzip keineswegs völlig aus. Die demokratische und die autokratische Erzeugung des Rechtes sind zumeist nebeneinander in demselben Rechtssystem in Geltung. So wird — in der konstitutionellen Monarchie, aber auch in den nach ihrem Muster organisierten Republiken — die generelle Form des Rechts als Gesetz demokratisch, weil durch Beschluß der Volksvertretung, die nächst niedrigere Stufe des Rechts aber autokratisch, als einseitig von ernannten Exekutivorganen (Ministern usw.) erlassene Verordnung, als einseitig von autokratisch organisierten Behörden ergehende Entscheidung, Verfügung, als Urteil erzeugt.

Wenn somit KRABBE meint, daß — erst wenn die Rechtsidee über die Obrigkeitsidee gesiegt habe — nicht mehr der Staat, sondern das Recht für souverän erkannt werden müsse, so beschränkt er eine allgemein gültige Erkenntnis auf eine spezielle historische Situation. Und weil er sich nicht bewußt ist, einer allgemein gültigen Erkenntnis auf der Spur zu sein, weil er nur eine zeitweilig historische, nicht eine allgemein-begriffliche Identität von Staat und Recht auszusprechen wagt, übersieht er auch, daß mit der Uebertragung der Souveränität von der Staats- auf die Rechtsidee und zwar auf die mit dem Einzelstaat identische Rechtsordnung, für das Ver-



hältnis des Staates zum Völkerrecht so gut wie gar nichts gewonnen ist. Er erkennt zwar, daß auf der idealen Grundlage der „Staatssoveränität“ kein internationales Recht gebaut werden könne<sup>1)</sup>, allein er selbst versucht — vergeblich — dieses internationale Recht auf der Grundlage der gleichen Souveränität aufzubauen, an der sich dadurch nichts ändern kann, daß er die Ordnung, von der Souveränität ausgesagt wird, nicht mehr Staat, sondern Recht nennt.

## § 7.

## Die Souveränität als Rechtsmacht.

Ganz ähnlich wie KRABBE lehrt neuestens auch SOMLO<sup>2)</sup>, daß Souveränität „keine Eigenschaft des Staates“, sondern des Rechtes oder, wie er sich ausdrückt, der „Rechtsmacht“ sei. „Wer immer die Rechtsmacht in Händen habe, es ist die Rechtsmacht, die souverän ist“<sup>3)</sup>. Souveränität ist zwar auch nach SOMLO eine Eigenschaft, derzufolge die Rechtsmacht eine „höchste“ ist. Allein, damit eine Macht eine „höchste“ sei, ist nach SOMLO notwendig, „daß sie ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und erfolgreicher als andere Mächte durchzusetzen imstande sei“<sup>4)</sup>, daß sie „zahlreiche Normen an ihre Untergebenen richte, und ein weites Gebiet der Lebensverhältnisse in positiver Regelung machtvoll erfasse“<sup>5)</sup>, und daß sie „von dauerndem Bestande“ sei<sup>6)</sup>. Souveränität ist demnach für SOMLO „die Gesamtheit der Eigenschaften, die eine Macht zur Rechtsmacht erheben“<sup>7)</sup>, und Recht nichts anderes als die Normen, die von einer solchen Macht ausgehen. Was SOMLO als Souveränität oder Rechtsmacht bezeichnet (beide Begriffe sind ja identisch, da jedes Ding nur der Inbegriff seiner Eigenschaften, Souveränität aber der Inbegriff der die Rechtsmacht bildenden Eigenschaften sein soll) ist in Wahrheit nichts anderes als ein Ausdruck für die Faktizität des Rechtes, das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnormen, die aus den verschiedensten Ursachen bewirkte Realisierung des Inhalts rechtlichen Sollens<sup>8)</sup>. In-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 265.

<sup>2)</sup> Juristische Grundlehre. 1917.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 280.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 93.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 97 f.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 102.

<sup>7)</sup> a. a. O. S. 279.

<sup>8)</sup> Die „höchste Macht“, von der das Recht nach SOMLO herrührt und „auf deren Begriff der ganze Rechtsbegriff abgestellt ist“ (a. a. O. S. 86) verwandelt sich so aus einer logischen Qualität der Rechtsordnung zu einer psychologischen Intensität bestimmter Vorstellungen, zu einer Kraft, deren Größe nicht mehr absolut und daher nicht mehr durch einen Superlativ ausdrückbar ist. SOMLO stellt sich unter der Rechtsmacht eine Kraft von intensiver Wirkung vor. Das ist mythologische Naturwissenschaft!

dem hier SOMLO die Rechtsnormen als Wesen nimmt, das verursacht wird und so als Wirkung zu begreifen ist, selbst aber wieder — als psychologisches Motiv für das Verhalten von Menschen — als Ursache fungiert, indem er die Rechtsnorm in die Kausalkette einstellt, behandelt er einen Gegenstand der Naturwissenschaft und zwar der Psychologie: das Denken, Wollen oder Fühlen einer Norm, einen seelischen Vorgang, der etwas ganz anderes ist als der von ihm getragene geistige Inhalt, nämlich die Rechtsnorm selbst. Deren spezifischer Sinn, deren Soll-Geltung, die allein der juristischen Erkenntnis aufgegeben ist, und für die es — weil sie kein Natur-Sein darstellt — keine Ursache und Wirkung gibt, geht dabei gänzlich verloren. Da SOMLO das Recht grundsätzlich als ein Sollen zu erkennen bemüht ist<sup>1)</sup>, muß auch eine immanente Kritik ihm an diesem

Daß die Rechtsmacht nicht mehr eine „höchste“ Macht ist, zeigt sich darin, daß SOMLO die „Macht“ des Völkerrechts „über“ der einzelnen Rechtsmacht stehen läßt. Vgl. a. a. O. S. 153 ff.

<sup>1)</sup> Er sagt ausdrücklich, „daß der Oberbegriff des Rechts der Begriff eines Geschehen Sollens, nicht aber der einer Regelmäßigkeit des Geschehens ist“. A. a. O. S. 107. Allerdings hebt er den von ihm vorausgesetzten und seiner Rechtslehre zu Grund gelegten Gegensatz von Sein und Sollen wieder auf! SOMLO glaubt nämlich zwischen „absoluten“ und empirischen Normen“ und demgemäß zwischen einem absoluten und einem empirischen Sollen unterscheiden zu können. „Absolute“ Normen seien „unmittelbar evidente“ Normen; diesen ständen „die bloß zufälligen oder empirischen, nicht denknotwendigen, nicht absoluten Werte“ oder Normen gegenüber. Rechtsnormen seien empirische, nicht absolute Normen. Nur das absolute Sollen, das ist also das Sollen der unmittelbar evidenten, denknotwendigen Normen, stehe in einem unüberbrückbaren Gegensatz zum Sein. Zwar bestehe auch der Begriff der empirischen Normen in einem Sollen, „aber dieses Sollen bedeutet keinen unüberbrückbaren Gegensatz zum Begriff des Seins, sondern ist vielmehr selbst ein Sein“ (a. a. O. S. 62). Warum stellt dann SOMLO den Gegensatz von Sein und Sollen an die Spitze seiner Rechtslehre, und betont, daß es nicht der Seinsbegriff, sondern der Sollensbegriff der Norm ist, dem er das Recht unterwerfe? (Vgl. insbesondere a. a. O. S. 56). Wenn das, was die empirische Rechtsnorm aussagt, schließlich doch ein Sein ist, warum nennt er es ein „Sollen“? Welcher Art dieses Sein ist, geht offenbar aus seiner Behauptung hervor, daß sich die empirischen — nicht aber die absoluten — Normen auf ein Wollen zurückführen lassen (a. a. O. S. 59, 60). Dann wäre aber das Recht nicht unter den Begriff des Sollens, sondern unter den Seins-Begriff des Wollens — nämlich des Wollens im Sinne eines empirisch-psychischen Prozesses in der Seele des Menschen — zu subsummieren. Warum zieht aber SOMLO diese so handgreiflich nahe Konsequenz seiner Theorie der „empirischen“ Normen nicht? Zu welch fragwürdigen Folgen es führen müßte, wenn jeder Inhalt eines Rechtssatzes als Inhalt eines empirischen Willens irgendwelcher Menschen nachgewiesen werden müßte, habe ich an anderer Stelle nachgewiesen.

entscheidenden Punkte eine methodische Entgleisung vorwerfen, die nur durch die gleiche Bezeichnung zweier verschiedener Gegenstände: der Norm als Sollgeltung und des seelischen Seinsfaktums des Denkens,

Daß ich — in meinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ — die Rechtsnormen nicht als „empirische“ sondern als „absolute“ behandelt und demgemäß auch für das rechtliche Sollen an einem Gegensatz zum (natürlichen) Sein festgehalten habe, sei — meint SOMLO — der Hauptirrtum meines Werkes. Ich habe darauf nur noch folgendes zu bemerken: Fragt man nach dem Geltungsgrunde irgendeiner positiv-rechtlichen Norm — etwa: warum soll in Oesterreich der Mörder mit Kerkerstrafe belegt werden? — so bedeutet die Antwort: „Weil es das Gesetz vorschreibt“, scheinbar so viel wie: Weil es die Nationalversammlung beschlossen hat. Da wäre nun der von SOMLO — und vielen anderen — behauptete empirische „Wille“, auf den die Rechtsnormen zurückzuführen sind! Das ist aber ein offenkundiger Irrtum. Daraus, daß das Parlament etwas beschlossen oder der absolute Monarch etwas gewollt, befohlen hat, aus dieser Seins-tatsache folgt nie und nimmer, daß irgend etwas, daß speziell der Inhalt ihres Willensaktes geschehen solle, daraus „folgt“ — als aus einem Erkenntnisgrunde — überhaupt nichts. Jedenfalls kann keine Logik der Welt aus einem Seinssatz einen Sollenssatz ableiten, wobei die Frage, ob der Inhalt des Sollenssatzes einen „absoluten“ oder relativen Wert bezeichnet, ganz gleichgültig ist. Wenn ich den Satz rechtfertigen will: der Mörder soll mit Kerkerstrafe belegt werden, dann darf ich nicht auf das Seins-faktum des solchen Verhalten anordnenden Parlamentsbeschlusses oder monarchischen Befehles, sondern muß ich wieder auf eine Norm, ein Sollen rekurren, das besagt, daß den Beschlüssen des Parlamentes, den Befehlen des Monarchen Folge zu leisten sei. Diese Ursprungsnorm, die ich als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, ist eben die denknotwendige Hypothese jedes positiven Rechtssystems, jeder konkreten Rechts- oder Staatsordnung. Wo ist der „Wille“ auf den diese Norm zurückzuführen wäre? Denn wer „will“ diese Norm, die nur ein notwendiger Denkbehelf ist? Demnach setzt sie keinen absoluten, sondern nur einen relativen Wert, d. h. nur unter ihrer Voraussetzung ist eine bestimmte Ordnung als Rechts-Ordnung denkbar. Die juristische Ursprungshypothese beansprucht schon deshalb nicht einen absoluten Wert zu setzen, weil ja auch das von ihr abgeleitete Rechtssystem keinen absoluten, sondern nur einen relativen Wert bedeutet. Aber einen Wert! Einen Wert in dem rein formalen Sinne des für die verschiedensten Inhalte aufnahmefähigen Sollens. Ohne einen solchen rein formalen Sollens-Begriff ist der Sinn des positiven Rechtes nicht zu begreifen. Das Sollen ist ebenso wie das Sein eine absolute Denkform; der Inhalt des Sollens muß jedoch keineswegs einen absoluten Wert darstellen. SOMLO bezieht die Qualität des Absoluten, die nur einem bestimmten Inhalt des Sollens zukommt — und auch das nur, wenn man überhaupt absolute, unmittelbar evidente Werte zugibt — auf die Denkform des Sollens. Daß er damit einen Fehlgriﬀ tut, zeigt am deutlichsten sein Sprachgebrauch. Er hält daran fest, das Recht als ein Sollen und nicht als Sein zu bezeichnen, obgleich die Rechtsnormen kraft ihres Inhalts keinen absoluten Wert bedeuten. Der logische Gegensatz von Sein und Sollen ist aber von dem Gegensatz des absoluten und relativen Wertes ganz unabhängig. Der letztere Gegensatz spielt ganz innerhalb der Kategorie des Sollens.

Wollens, Fühlens einer Norm, als „Norm“ erklärlich ist. Dabei ist die Vorstellung einer die Befolgung der Rechtsnormen verursachenden „Macht“ eine naive, alle typischen Mängel einer personifikativen Fiktion aufweisende Hypostasierung. Die „Ursachen“ für die Befolgung von Rechtsnormen, d. h. die Motive für rechtmäßiges Verhalten können die allerverschiedensten sein<sup>1)</sup>. Sie zu einem einheitlichen Wesen zu verdichten, das die Rechtsnormen so ergehen läßt, wie ein Mensch Befehle erteilt, ist eine durch nichts gerechtfertigte Verdoppelung des Erkenntnisgegenstandes: Das Recht spaltet sich in eine Rechtsmacht und in die von dieser Rechtsmacht ausgehenden Rechtsnormen. In Wirklichkeit — und zwar in der sozialpsychologischen, nicht in der juristischen Wirklichkeit liegt aber nichts anderes vor als Vorstellungen von Menschen, die Rechtsnormen zum Inhalt haben und als wirksame Motive ein bestimmtes (normgemäßes) Verhalten verursachen. Es ist durchaus die gleiche verdoppelnde Hypostasierung, mit der die herrschende Staatslehre die Rechtsordnung in einen Staat und ein von diesem Staat „getragenes“, „verursachtes“, „ausgehendes“ Recht spaltet. Was bei SOMLO Rechtsmacht heißt, ist in der üblichen Staatslehre eben der Staat. So tritt denn auch bei SOMLO die verschrobene Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates als das Problem der rechtlichen Gebundenheit der Rechtsmacht auf! Und SOMLO zögert nicht, die Vorstellung zu vollziehen, derzufolge die Rechtsmacht durch gewisse „ihrer“ Normen selbst verpflichtet wird. Man bedenke nur, was eigentlich diese „Rechtsmacht“ ist: ein Inbegriff der verschiedensten Ursachen für rechtmäßiges Verhalten. Und dieser Inbegriff wird nun von bestimmten Normen selbst verpflichtet! Dieser Inbegriff ist somit ein — Mensch geworden, denn „jemand ist verpflichtet“ heißt: jemandes Verhalten ist Inhalt einer Norm, eines Sollens. Nur eines Menschen Verhalten kann vernünftigerweise Inhalt einer Norm, speziell einer Rechtsnorm sein. Mit dieser Selbstverpflichtung der Rechtsmacht

---

<sup>1)</sup> SOMLO sagt selbst: „die Bezeichnung des Urheberers von Rechtsnormen als einer Macht bedeutet weiter nichts als eine Fähigkeit zum (gewöhnlichen) Verwirklichen seiner Normen, mit anderen Worten: zur Verursachung ihrer Befolgung.“ Man sollte meinen, diese „Macht“, die „ihre“ Normen durchsetzt, sei eine einheitliche Ursache, so wie etwa die Elektrizität als „Kraft“ der Ausdruck für eine einheitliche Ursache ist. Allein SOMLO fährt fort: „Das Durchsetzen von Normen kann demnach eben so verschieden sein, wie die Motive ihrer Befolgung. Der Begriff der Rechtsmacht aber, wie wir ihn aufgestellt haben, hat nichts mit irgend welchen besonderen Arten der Durchsetzung oder irgend welchen Motiven der Normbefolgung zu tun, sondern umfaßt alle möglichen in ihrer Gesamtheit.“ A. a. O. S. 109.

hat die Hypostasierung ihren Gipfel erreicht<sup>1)</sup>.

Daß die Rechtsmacht bei SOMLO die gleiche Rolle spielt wie in der herrschenden Lehre der Staat, ist keineswegs ein Zufall. Denn SOMLOS Gedankengänge sind — ähnlich wie diejenigen KRABBEs — auf eine Identifikation des Rechtes mit dem Staate gerichtet, ohne daß diese Tendenz zu einer vollen Klarheit über die Einheit von Staats- und Rechtsordnung gelangen könnte. Von vornherein sind ihm Staat und Recht zwar verschiedene Dinge, denn das Recht subsummiert er unter die Kategorie der Norm, den Staat unter diejenige der Gesellschaft. Allerdings bestimmt er den Begriff der Gesellschaft im engsten Anschluß an jenen der Norm, freilich nicht der Norm im eigentlichen Sinne, in dem spezifischen Eigensinn ihrer Sollgeltung, sondern der Norm als Ursache (Motiv) bestimmten Verhaltens. Gesellschaft ist eine „Gesamtheit von Menschen, die überhaupt bestimmte Normen befolgen“<sup>2)</sup>. Der Staat demgemäß „eine Gesellschaft, die durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht gebildet ist“<sup>3)</sup>. Eine Kritik dieses Staatsbegriffes ist hier nicht geboten. Nur seine innige Beziehung zum Rechtsbegriff sei als symptomatisch hervorgehoben. „Der Staatsbegriff führt also auf den Rechtsbegriff zurück und läßt sich ohne ihn gar nicht erfassen“<sup>4)</sup>. „Beide enthalten als gemeinsamen Teil den Begriff der Rechtsmacht. Wo es eine Rechtsmacht gibt, dort gibt es sowohl Recht wie Staat“<sup>5)</sup>. Da SOMLO die Gesellschaft als „Normbefolgung“ charakterisiert<sup>6)</sup>, steht wohl nichts im Wege, den Staat — im Sinne dieser Lehre — als Rechtsbefolgung zu bezeichnen. Freilich könnte man die Rechtsbefolgung ebensogut als Recht auffassen; es handelt sich ja um die Wirkung der Rechtsmacht. Und wenn die Befolgung der Normen einer Macht „Staat“ heißt, dann kann diese Macht ebensogut Staatsmacht genannt werden. Tatsächlich identifiziert SOMLO die Rechtsmacht mit der Staatsmacht, wenn er sagt: „Wir können statt Rechts- oder Staatsmacht auch souveräne Macht sagen“<sup>7)</sup>. Dabei erinnere man sich, daß bei SOMLO Souveränität und Rechtsmacht identische Begriffe sind. Trotzdem glaubt er — ganz ebenso

<sup>1)</sup> Verpflichtet wird die Rechtsmacht nach SOMLO keineswegs nur durch sich selbst, durch ihre eigenen Normen, sondern auch durch die Normen einer anderen „Macht“, nämlich jener des Völkerrechts, die eine den einzelnen Rechtsmächten „übergeordnete Macht“ ist. Die Normen dieser übergeordneten Macht — die allerdings selbst keine Rechtsmacht ist und deren Normen daher keine Rechtsnormen sind — hat die einzelne Rechtsmacht — dieser Inbegriff von Ursachen oder Motiven — zu befolgen! a. a. O. S. 153 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 236.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 257.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 217.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 252.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 236.

<sup>7)</sup> a. a. O. S. 279.

wie KRABBE — Recht und Staat als zwei verschiedene Wesenheiten auseinanderhalten und demgemäß besonders hervorheben zu sollen, daß Souveränität nicht eine Eigenschaft des Staates, sondern, der Rechtsmacht sei. Ist es dann aber nicht seltsam, daß er schließlich die Souveränität doch als ein unerlässliches Merkmal des Staates erklärt? „Infolge des uns bereits bekannten Verhältnisses von Rechtsmacht und Staat ist es klar, daß die Souveränität als Eigenschaft der Rechtsmacht damit auch ein unerlässliches Merkmal des Staatsbegriffes bildet. Wenn man also die Eigenschaft der Souveränität von der Rechtsmacht auf den Staat überträgt“ — wie kann man das, wenn beide nicht identisch sind? — „so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß es einen nicht souveränen Staat nicht geben kann“<sup>1)</sup>.

### § 8.

#### Souveränität als Macht über die Rechtsordnung, als Rechtsfolge und als subjektives Recht.

Auf die widerspruchsvolle Unklarheit, die in der heutigen Literatur bezüglich des Grundverhältnisses: Staat und Recht, herrscht, sind gewisse gänzlich haltlose Ideen über die Beziehung der Souveränität zur Rechtsordnung zurückzuführen. So, wenn man etwa versucht, aus der Souveränität des Staates dessen Stellung über dem Recht und daraus seine Macht über dieses abzuleiten. Sofern damit die Tatsache behauptet werden soll, daß es eine Gewalt gibt, die das Recht erzeugen, oder eine solche, die es brechen kann, so handelt es sich eben nur um eine juristisch irrelevante, keiner weiteren Argumentation bedürftige Behauptung. Wenn jedoch darin eine juristische Beweisführung auftreten will, ist ihre Haltlosigkeit zu offenlegend, um einer Widerlegung zu bedürfen. Erreicht werden kann doch mit dieser Ableitung nur so etwas wie ein Recht des Staates über die Rechtsordnung, sei es ein Recht der Rechts-erzeugung, sei es das Recht zum Rechtsbruch, eines so widerspruchsvoll wie das andere. Souveränität kann nicht über der Rechtsordnung stehen, denn sie ist nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung.

Ebenso unhaltbar ist die vielfach vertretene Anschauung, die Souveränität sei — weil kein nacktes Faktum, sondern juristischer Charakter — eine Rechtsfolge, etwa „eine rechtliche Folge“ der Existenz des Staates<sup>2)</sup>. „Rechtliche Folge“ kann natürlich nur eine Folge

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 281.

<sup>2)</sup> So z. B. JELLINEK, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, S. 22, ebenso PRISCHL, Der Begriff der Souveränität und die herrschende Lehre von der Souveränität, 1897, S. 19.

sein, die durch die Rechtsordnung an einen Tatbestand geknüpft wird. Das bedeutet aber, daß man um die Souveränität als Rechtsfolge der Staatsexistenz zu konstruieren, die Rechtsordnung dem Staate voraussetzen, den Staat als Tatbestand denken muß; an den das Recht eine bestimmte Folge knüpft. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Auffassung mit jedem auch nur irgend möglichen Souveränitätsbegriff unvereinbar und daß eine Rechtsfolge mit dem Inhalt der Souveränität schlechterdings unvorstellbar ist, muß diese Konstruktion insbesondere dann als ein bloßer Verlegenheitsausdruck (um den Anschein eines rein faktischen Charakters der Souveränität zu vermeiden) erkannt werden, wenn dieselbe Theorie, die sich dieser Konstruktion bedient, die Souveränität als die Fähigkeit des Staates zu ausschließlicher (rechtlicher) Selbstbestimmung definiert (wie kann Rechtsfolge sein, was hier als Rechtsvoraussetzung gedacht wird), den Staat aber wieder als Voraussetzung des Rechtes behauptet. (Wie kann Voraussetzung des Rechtes sein, was Rechtstatbestand sein soll<sup>1)</sup>?) Wenn Souveränität als Eigenschaft ein Rechtsbegriff ist, dann kann sie nur — da Rechtsbegriffe nur der Begriff des Rechtes selbst und die aus ihm abgeleiteten Begriffe sind — Eigenschaft der Rechtsordnung sein.

Eine durchaus unpräzise und rechtswissenschaftlich nicht zu rechtfertigende Terminologie ist es auch, wenn von einem „Rechte“ der Souveränität gesprochen wird; wenn man Souveränität als ein subjektives Recht des Staates bezeichnet. Etwa wenn JELLINEK sagt: „Souveränität ist das Recht, nur durch eigenen Willen verpflichtbar und verpflichtet zu sein“<sup>2)</sup>. Ein subjektives Recht setzt die Rechtsordnung voraus, aus der es abgeleitet, von der es „verliehen“ wird. Das Recht des Staates, sich selbst zu verpflichten, wäre das subjektive Recht, subjektive Rechte zu erzeugen; eine *petitio principii*.

### § 9.

#### Staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität.

Die mit Souveränität bezeichnete Eigenschaft des Zuhöchstseins pflegt man gewöhnlich nach zwei Richtungen hin zu differenzieren: nach innen und nach außen, oder auch in staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität zu unterscheiden, je nachdem das Verhältnis des Staates (oder der Staatsgewalt, der ja die Souveränität zugeschrieben wird) zu seinen Unterworfenen oder zu ande-

<sup>1)</sup> So JELLINEK, Staatenverbindungen, S. 22, 34, 32/33, 262.

<sup>2)</sup> Staatenverbindungen, S. 55.

ren Staaten in Betracht kommt. Sofern damit lediglich zwei Relationen ein und derselben Qualität bezeichnet werden sollen, wäre gegen eine solche Unterscheidung nichts einzuwenden. Bedenklich wird sie jedoch, wenn man versucht, den beiden Beziehungen der souveränen Ordnung verschiedene Bedeutungen, verschiedenen Inhalt zu geben und so eigentlich zwei verschiedene Souveränitäten zu konstruieren. So wenn man etwa die staatsrechtliche Souveränität als Unbeschränktheit der Staatsgewalt, die völkerrechtliche als Unabhängigkeit von anderen Mächten charakterisiert und annimmt, der Staat könne die eine Souveränität besitzen ohne die andere gleichzeitig zu behaupten<sup>1)</sup>).

Ueber die Auffassung der Souveränität als „Unbeschränktheit“ wird später noch des näheren gesprochen werden. Einen solchen Sinn kann der Begriff der Souveränität kaum haben. Eine völkerrechtliche neben der staatsrechtlichen Souveränität zu unterscheiden ist jedoch schon darum sinnwidrig, weil, wenn es sich nicht darum handelt, nur die verschiedenen Konsequenzen ein und derselben Eigenschaft des Staates zu ziehen, sondern zwei verschiedene Eigenschaften des Staates zu konstatieren, der gleiche Name für zwei verschiedene Eigenschaften offenbar unzulässig ist. Nicht wesentlich anders liegt es bei dem Versuche, verschiedene „Merkmale“ der Souveränität festzustellen. So zum Beispiel die Souveränität im Verhältnis nach innen als Zuhöchstsein, im Verhältnis nach außen als Unabhängigkeit des Staates oder der Staatsgewalt zu charakterisieren<sup>2)</sup>). Entweder handelt es sich hier gar nicht um zwei verschiedene „Merkmale“ der Souveränität — was ja schließlich nur auf zwei verschiedene Eigenschaften der Staatsgewalt hinauslaufen würde —, sondern das neben dem Moment des Zuhöchstseins unterschiedene Merkmal der Unabhängigkeit ist in Wahrheit nur die Umschreibung eines Teilinhaltes des ersteren Momentes. Souveränität besteht in einem einzigen und unteilbaren Merkmal und bedeutet nichts anderes, als daß die dadurch gekennzeichnete Staats- oder Rechtsordnung eine höchste und daher von jeder anderen unabhängige Ordnung ist. Es bedeutet nur eine erläuternde Hinzufügung, wenn hier häufig die Rechtsordnung nicht bloß als höchste, sondern auch als eine von keiner höheren ableitbare Ordnung bezeichnet wird. Oder aber die für die herrschende Lehre charakteristische Tendenz, zwei Richtungen der Souveränität zu unterscheiden, rührt daher, daß man sich den Staat als ein Wesen vorstellt, das den seine Untertanen darstellenden Menschen übergeordnet, anderen Wesen aber — den übrigen Staaten nämlich — nicht über- sondern gleichgeordnet

<sup>1)</sup> GEORG MEYER, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 1878, S. 10, 23.

<sup>2)</sup> JELLINEK, Staatslehre, S. 475.



ist. Der Staat ist ein Höchstes, richtiger: ein Höheres somit nur im Verhältnis zu seinen Untertanen, nicht zu den anderen, ihm koordinierten Staaten, denen gegenüber er daher nur als „unabhängig“, nicht als ein Höchster bezeichnet wird. Er ist nicht deshalb „unabhängig“, weil er ein Höchster ist, sondern er ist angeblich nach der einen Seite hin ein Höchster, nach der anderen Seite hin — obgleich kein Höchster, sondern nur ein Gleichgeordneter — unabhängig. Man pflegt diese — relative — Souveränität in der Weise zu bestimmen, daß der Staat zwar eine höchste Gewalt, aber nur innerhalb eines bestimmten Kreises, nämlich innerhalb seines „eigenen“ Kreises sei. „Nach der historischen Entstehung und der üblichen Ausdrucksweise läßt sich die Souveränität im allgemeinen bezeichnen als die Eigenschaft eines Staates, in seiner Sphäre die höchste Gewalt zu sein, das summum imperium auszuüben. Damit kommt zum Ausdruck einmal die Unabhängigkeit des Staates von jeder anderen Gewalt, jedem anderen höheren Willen, sodann die Ueberordnung des Staates über alle auf seinem Gebiete befindlichen Personen und Korporationen, die Unterordnung jedes anderen Willens unter den des Staates“<sup>1)</sup>. Bei einer solchen Konfiguration kann man aber eigentlich nicht mehr von zwei „Merkmalen“ der Souveränität, ja nicht einmal mehr von zwei verschiedenen Arten der Souveränität sprechen. Es liegen vielmehr zwei ganz verschiedene Relationen des Staates vor, von denen — wenn überhaupt — so höchstens nur die eine, das Verhältnis „nach innen“, als Souveränität bezeichnet werden könnte. Indes zeigt nähere Untersuchung, daß in solchem Falle auch diese Relation nicht mehr als Souveränität gelten kann. Denn Souveränität ist ihrem Wesen nach ein Superlativ, und zwar ein Absolutum. Vom Staat kann aber — unter der Voraussetzung koordinierter Wesenheiten — nur gesagt werden, daß er höher ist als gewisse, nicht aber höher als andere in demselben Systeme stehende Elemente. Daß die dem Staat koordinierten Elemente in demselben System stehen müssen, wie die ihm subordinierten, das ergibt sich aus der Notwendigkeit ihrer Vergleichung. Der Staat wird zu den anderen Staaten in ein Verhältnis gesetzt, wenn er mit ihnen als gleichgeordnet erkannt wird. Das ist die entscheidende positive Relation, die sich hinter der negativen Charakteristik der „Unabhängigkeit“ verbirgt. Wäre diese wirklich rein negativ, sollte wirklich mit ihr gesagt werden, daß die anderen Staaten gar nicht zu demselben Erkenntnisssystem gehören, innerhalb dessen der Staat anderen Elementen übergeordnet ist,

<sup>1)</sup> FRERS, Die Lehre vom Staatenbund, 1910, S. 275.

dann wäre es überflüssig, diese Relation der „Unabhängigkeit“ überhaupt zu erwähnen. Der Staat ist „unabhängig“ auch von den Gestirnen; d. h. die Astronomie ist ein von der Staats- und Rechtstheorie gänzlich verschiedenes System. In diesem Sinn ist die „Unabhängigkeit“ offenbar nicht gemeint, die vom Staate anderen Staaten gegenüber ausgesagt wird. Es ist doch die Einheit des Rechtssystems, das alle Staaten verbindet.

Ist aber „Unabhängigkeit“ des Staates von anderen Staaten gleichbedeutend mit rechtlicher Koordination, dann ist die Annahme einer Autorität unvermeidlich, die gleichermaßen über allen Staaten stehend, deren Sphären gegeneinander abgrenzend, sich alle Staaten gleichermaßen unterwirft und so einander gleichordnet. Nur in Hinsicht auf einen gemeinsamen Beziehungspunkt können Elemente als koordiniert bezeichnet werden. Dieser Beziehungspunkt, diese gemeinsame Autorität ist — wie später noch näher zu zeigen sein wird — das Völkerrecht. Und in diesem Zusammenhange wird dann noch deutlicher zu erkennen sein, daß die Staatsordnung, über der die Völkerrechtsordnung steht, auch ihren eigenen Untertanen gegenüber nicht mehr als „höchste“, nicht mehr als „souverän“ bezeichnet werden kann; und daß die beliebte Einschränkung der Souveränitätsdefinition, derzufolge der „souveräne“ Staat nur seinen eigenen Untertanen gegenüber die höchste Autorität sei, auf die Tautologie hinausläuft: Der Staat ist denjenigen übergeordnet, die ihm unterordnet sind, Souveränität ist die Eigenschaft, höher zu sein als diejenigen, die niedriger sind. In diesem relativen Sinne ist natürlich jeder souverän, der irgendeinem anderen übergeordnet ist; ist insbesondere jede Teilordnung gegenüber den ihr „Unterworfenen“ z. B. die Gemeinde, souverän, die ja auch von anderen — Gemeinden desselben Staates — „unabhängig“ ist.

### § 10.

#### Der formale Charakter der Souveränität.

Damit ist auch der rein formale Charakter des Souveränitätsbegriffes genügend hervorgehoben. Ihn hat unter den neueren Theoretikern vor allen JELLINEK betont, indem er darauf hinwies, daß jeder Versuch, „einen bestimmten Inhalt der Souveränität zu konstatieren“, auf einer Identifizierung der Souveränität mit der Staatsgewalt (oder, wie von dem hier vertretenen Standpunkt aus gesagt werden könnte, mit der Rechtsordnung) beruhe<sup>1)</sup>. Allein gerade JELLINEK selbst hat gegen dieses von ihm richtig erkannte

<sup>1)</sup> Staatslehre, S. 475 ff.

Prinzip verstoßen, indem er sich bemühte, dem „Rechtsbegriff“ der Souveränität neben seiner rein negativen Bedeutung des Zuhöchstseins und der Unabhängigkeit ein drittes „Merkmal“ hinzufügend, „einen positiven Inhalt zu verleihen“<sup>1)</sup>. Auf diesen positiven Inhalt hat er dann seine, von vielen neueren Autoren übernommene Definition des Souveränitätsbegriffes allein eingestellt. Souveränität sei Fähigkeit ausschließlicher Selbstbindung durch „Aufstellung einer Rechtsordnung“, oder „ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung“<sup>2)</sup>. JELLINEK selbst ist es, der in seiner trefflichen Kritik der älteren Souveränitätstheorie den Grundirrtum aufgedeckt hat, in den alle jene verfielen, die aus der Souveränität irgend welche konkrete, d. h. inhaltlich bestimmte Rechte, Befugnisse, Funktionen der Staatsgewalt abzuleiten versuchten<sup>3)</sup>. Der „positive Inhalt“, den er selbst dem Souveränitätsbegriffe verleiht, ist im Grunde doch nichts anderes, als die Identifizierung der Souveränität

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 481.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 481.

<sup>3)</sup> Eine sehr charakteristische materielle Bestimmung des Souveränitätsbegriffes und zugleich ein typisches Beispiel für eine juristische Betrachtungsweise, die an Stelle des Rechtes die Macht, an Stelle der Erkenntnis von Normen die Anschauung von Tatsachen der Wirklichkeit setzen will, liefert ERICH KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, 1911. Er stellt die „rechts“philosophische Bestimmung des Staates bewußt auf ein „materielles, inhaltliches Moment“ ab, da man „mit dem Merkmal der Souveränität insbesondere, wenn man diese rein formal und superlativisch faßt“, nicht auskommen könne (a. a. O. S. 135). „Mit dem Wegfall der Kulturleitung durch die Kirche rückt der seiner selbst wieder mächtige Staat von neuem zur Souveränität auf und wird damit zum Träger der Rechtsordnung. Zu seiner Selbstbehauptung sammelt und weckt er alle in ihm vorhandenen und schlummernden Kräfte und ordnet sie nach dem Gesamtplan, den seine Existenz fordert. Sein Wesen ist Machtentfaltung, ist der Wille, sich in der Geschichte zu behaupten und durchzusetzen. Aber Machtentfaltung ist nur möglich durch die Belebung und Entfaltung sämtlicher physischer und moralischer Energien. Von dem Machtgedanken aus wird der Staat ... zu einem sittlichen Institut“ (S. 135). Dementsprechend auch ein materieller Souveränitätsbegriff: „Im positiven Sinne souverän wird der Staat nur durch seine sich den verschiedenen gesellschaftlichen Bedürfnissen anpassende ergänzende Eigentätigkeit. ... Militärverwaltung, auswärtige Verwaltung und oberste Gesetzgebung wie oberste Gerichtsbarkeit stellen das Minimum solcher ergänzender Eigentätigkeit dar, ohne die ein Staat nicht gedacht werden kann“ (S. 137, 138). Natürlich nur die „oberste“ Militärverwaltung, nur die „oberste“ auswärtige Verwaltung, da eine Provinz oder ein Gliedstaat mit lokaler Militärverwaltung nicht gut als „souveräner“ Staat bezeichnet werden kann. Sollte es da nicht doch vorsichtiger sein, sich auf den formalen Superlativ einer höchsten Ordnung zu beschränken, wenn man nicht Gefahr laufen will, statt des Staates überhaupt einen historisch besonders gestalteten Staat, wenn nicht gar nur den preußischen Militärstaat zu definieren, und nicht die Antwort auf die Frage schuldig bleiben will, wie aus einem

mit einer bestimmten Staatsfunktion, der sogenannten gesetzgebenden Gewalt (um im Sinne der herrschenden, auch von JELLINEK akzeptierten Auffassung zu sprechen). Die Fähigkeit der rechtlichen Bindung oder noch deutlicher: die Fähigkeit, durch Aufstellung der Rechtsordnung sich (und damit auch die Untertanen) zu binden, ist nichts anderes, als die Fähigkeit der Rechtssatzung, der Gesetzgebung, die — als eine ausschließliche Fähigkeit — JELLINEK mit Souveränität identifiziert. Man wende nicht etwa ein, es sei nur die Ausschließlichkeit dieser Seite der Staatsgewalt, die hier als Souveränität angesprochen werde, denn damit wäre ja nichts anderes als der von JELLINEK als bloß negativ bezeichnete Charakter der Unabhängigkeit gegeben. Das Positive des dritten Merkmals besteht offenbar in der bezeichneten materiellen Funktion der Selbstbindung durch Aufstellung einer Rechtsordnung.

Nun ist diese JELLINEKsche Begriffsbestimmung der Souveränität nicht bloß im Widerspruch zu seinen eigenen Voraussetzungen. Was hier als Wesen der Souveränität bezeichnet wird, hat mit dieser Eigenschaft der Rechtsordnung gar nichts zu tun. Ganz abgesehen sei davon, daß die Fähigkeit ausschließlicher Selbstbindung nur eine spezielle Konsequenz der Tatsache ist, daß über dem souveränen Subjekt kein höheres vorausgesetzt wird. Es könnten ebenso gut noch andere spezielle Konsequenzen aus diesem „Zuhöchstsein“ abgeleitet und als positiver Inhalt neben der Selbstbindung behauptet werden. Wobei allerdings sehr zweifelhaft bleibt, ob diese positiven Qualitäten mit der Natur des Subjekts vereinbar sind, dem Souveränität zugesprochen wird. Und es muß festgestellt werden, daß weder der Staat als Rechtsordnung noch als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt — eine andere juristische Erscheinungsform des Staates gibt es nicht — der Selbstbindung in diesem Sinne fähig ist, daß er die Rechtsordnung aufstellen könnte. Wenn der Staat — was übrigens JELLINEK gelegentlich selbst behauptet — seinem Wesen nach Ordnung<sup>1)</sup> ist, kann von ihm die Fähigkeit der

Faktum der Macht eine sittliche Ordnung werden kann? Wie soll man Ergebnisse dieser auf die Realität des sozialen Geschehens gerichteten Betrachtung beurteilen, wenn sie den Staat — man denke etwa an Portugal neben England oder an sonst ein rechtlich unbezweifelbar souveränes Zwergstaatsgebilde neben irgendeiner Großmacht — als „souveräne, in sich selbst ruhende, machtvolle historische Gemeinschaft“ (S. 150) erkennt?

<sup>1)</sup> Staatenverbindungen, S. 266: „Das wesentliche Moment im Begriffe des Staates ist, daß er Ordnung ist.“ Diese Ordnung kann doch wohl keine andere als die Rechtsordnung sein! Wie soll dann der Staat als Voraussetzung des Rechtes gedacht werden können, wie JELLINEK wiederholt behauptet, zumal er ja in Fortsetzung des eben Zitierten selbst sagt: „Eine Ordnung vor der Ordnung ist ein Widerspruch in sich selbst.“

Selbstbeschränkung oder, was ganz dasselbe ist, der Selbstordnung nur in dem Sinne ausgesagt werden, daß die Hilfsvorstellung des durch die Rechtsordnung (den Staat im objektiven Sinne) gebundenen, ihr unterworfenen Staates im subjektiven Sinne, der Staatsperson, mit eben dieser Rechtsordnung, dem Staate im objektiven Sinne, materiell identisch ist. Wenn überhaupt etwas von dieser „Aufstellung der Rechtsordnung“ für die juristische Betrachtung brauchbar gemacht werden kann, ist es nicht das Moment der ersten Erzeugung, der Urzeugung des Rechtes, sondern nur die Möglichkeit einer Ordnung, die Bedingungen ihrer Abänderung (und somit Erweiterung usw.) selbst zu bestimmen. Doch wird später — bei Untersuchung des Zusammenhanges zwischen Souveränität und Kompetenzhoheit — zu zeigen sein, daß eine Ordnung durchaus als höchste, nicht weiter ableitbare, d. h. also als souverän erkannt werden kann, ohne daß sie diese Möglichkeit hat, daß insbesondere auch ein souveräner Staat ohne gesetzgebende Gewalt, d. h. ohne ein spezifisches Organ gedacht werden kann, das durch Satzung die geltende Staats(Rechts)ordnung abzuändern ermächtigt ist.

Wenn man mit JELLINEK in den Attributen des „Zuhöchstseins“ und der „Unabhängigkeit“ einen negativen Charakter, in der Fähigkeit der rechtlichen Selbstbeschränkung einen positiven Inhalt zu erkennen vermöchte, dann müßte wohl der Souveränität ein rein negativer und darum formaler Charakter zugesprochen werden. Allein es ist im Grunde nur sprachliche Willkür, wenn man die Eigenschaft des Staates, eine höchste Ordnung zu sein, mit dem negativen Urteil umschreibt, daß es keine höhere Ordnung über dem Staate gäbe. Jedes positive Urteil läßt sich sprachlich negativ ausdrücken. Darum ist die ganze Unterscheidung zwischen einem positiven und einem negativen Inhalt der Souveränität ohne sachliche Bedeutung.

### § 11.

#### Souveränität als Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit.

Im innigsten Zusammenhange mit dem soeben Ausgeführten steht die Widerlegung der Theorie, die Souveränität für die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit ihres Trägers erklärt. Sofern damit die völlige Negation jeder Schranke des Staates überhaupt gemeint ist, liegt bei richtiger Erkenntnis seines Wesens ein Ungedanke vor. Denn der Staat ist seinem tiefsten Wesen nach Ordnung, ist Schranke und Beschränkung an sich. Ein unbeschränkter und unbeschränkbarer Staat wäre ordnungslose Ordnung, unbe-

schränkte Schranke. Doch merke man wohl: Es ist nicht eigentlich eine *contradictio in adjecto*, die vorliegt, es ist ein gänzlicher Unsinn. Auch ist die sogenannte Selbstverpflichtungstheorie nicht imstande, diese Auffassung vom Wesen der Souveränität zu widerlegen, wenn sie ihr entgegenhält: dem Staate ist wesentlich, eine Rechtsordnung „aufzustellen“ und zu „besitzen“. Die Widerlegung liegt vielmehr in der Erkenntnis: dem Staate ist wesentlich, eine Rechtsordnung zu sein! Denn wenn man den Staat als eine Gewalt erkennt, die vor der Rechtsordnung existent ist, sofern man annimmt, daß der Staat die Rechtsordnung aufstellt, erzeugt, daß der Staat das Recht garantiert, kurz, wenn man den Staat als Voraussetzung der Rechtsordnung denkt<sup>1)</sup>, dann kann aus dem Wesen des Staates nicht der Beweis erbracht werden, daß ihm die Aufstellung einer Rechtsordnung wesentlich sei; denn er wird als solcher schon vor der Aufstellung der Rechtsordnung gedacht. Nur daß ihm die Aufstellung der Rechtsordnung möglich sei, kann bestenfalls behauptet werden. In dieser Dynamik, mit der die Selbstverpflichtungslehre operiert, indem sie eine nicht bloß logische, sondern zeitliche Bewegung vom Staat zum Recht (das Aufstellen der Rechtsordnung durch den Staat) vorstellt, liegt — neben ihrem rettungslosen Versinken in dem Anthropomorphismus eines von der Rechtsordnung unabhängigen Staatssubjektes — ihr Grundfehler, aus dieser Wurzel wächst immer wieder die nicht zum Verstummen zu bringende Opposition gegen diese Lehre. Die gesteht nur ihre eigene Unzulänglichkeit ein, wenn sie sich zum Beweise der Behauptung: der Staat müsse irgendeine Verfassung haben, auf die faktische Unmöglichkeit der Anarchie beruft<sup>2)</sup>.

In einem anderen als dem bisher unterlegten Sinne ist jedoch der Satz von dem unbeschränkten und unbeschränkaren Staate nicht unmöglich! Wenn damit nämlich nicht die Negierung der Ordnung überhaupt, sondern lediglich eines besonderen Inhalts dieser Ordnung gemeint ist. Das muß nämlich speziell gegenüber JELLINEK mit Nachdruck betont werden, daß inhaltlich der als Staat be-

<sup>1)</sup> Obgleich JELLINEK den Staat vor dem Recht als „Ordnung vor der Ordnung“, als logischen Widerspruch gelegentlich verwirft, bezeichnet er dennoch in anderem Zusammenhange (Staatslehre, S. 476) den die Rechtsordnung „aufstellenden“ Staat als „die das Recht verbürgende Organisation“. Allein auch das Recht ist doch eine Organisation oder, was dasselbe bedeutet: eine Ordnung, und kann wohl keine andere sein als der Staat selbst. Zumindest muß doch die durchgängige Bezogenheit beider Ordnungen außer Zweifel stehen, wenn man schon überhaupt den Versuch machen sollte, Staat und Recht als zwei Ordnungen zu konstruieren.

<sup>2)</sup> JELLINEK, Staatslehre, S. 477.

zeichneten Zwangsordnung keinerlei „Schranken“ in dem Sinne gesetzt sind, daß irgendein spezieller Inhalt dem Wesen des Staates widerspräche. Jeder beliebige Inhalt kann von der Rechtsordnung aufgenommen werden. Insbesondere auch ihre eigene Aufhebung, das heißt, die Rechtsordnung — wie jeder einzelne Rechtssatz — kann seine Geltung an zeitlich beschränkte Bedingungen knüpfen. In solchem Falle ist allerdings die Nichtgeltung des Rechts aus seiner Geltung abzuleiten, und in diesem Sinne — aber nur in diesem formellen Sinne — kann das Recht (oder der Staat) sich nicht selbst aufheben<sup>1)</sup>.

Gänzlich unzulässig aber ist es, aus der rechtslogischen Erkenntnis, daß der Staat seinem Wesen nach nicht unbeschränkt und unbeschränkbar sein könne, irgend welche politischen Konsequenzen, etwa im Sinne des Liberalismus abzuleiten. Dies versucht JELLINEK, wenn er in seiner Polemik gegen die Theorie von der staatlichen Allmacht auf die dem Staate eingeordneten Persönlichkeiten hinweist und ausführt: „Sie haben ihre eigenen Rechte, die sie nicht auf Kündigung, nicht als Gnade des souveränen Staates, nicht als dessen Delegierte besitzen, sondern sie haben ihre Rechte kraft ihrer Anerkennung und als Rechtsträger, als Personen, welche Qualität ihnen zu entziehen, gänzlich außerhalb des realen Machtbereiches des Staates liegt“<sup>2)</sup>. Demgegenüber ist festzustellen, daß es keine „eigenen“, nämlich keine anderen als aus der Rechtsordnung abgeleitete oder — wie man sich anthropomorphistisch auszudrücken pflegt — vom Staate verliehene Rechte oder Pflichten gibt. Die „dem Staate eingeordneten Persönlichkeiten“ haben ihre Rechte (wie ihre Pflichten) nicht „kraft ihrer Anerkennung als Rechtsträger, als Personen“, sondern sie sind Personen, nur sofern der Staat oder die Rechtsordnung ihre Rechte oder Pflichten statuiert, oder wie der Sprachgebrauch lautet: der Staat oder die Rechtsordnung sie als Personen anerkennt. Ebenso wie der Staat ihnen die Personenqualität (durch Statuierung von Pflichten und Rechten) „verleiht“, so kann er ihnen diese Qualität auch „entziehen“. Die Einführung der Sklaverei als Rechtsinstitut liegt durchaus im Bereich der Möglichkeiten einer Rechtsordnung oder des Staates; die in den zitierten Sätzen JELLINEKS gelegene naturrechtliche Vorstellung von Rechten gegen den Staat oder seine Ordnung, von sogenannten natürlichen, angeborenen Rechten, Rechten, die aus einer anderen als der staatlichen Ordnung abzuleiten sind, — und der

<sup>1)</sup> Vgl. die im Wesen verfehlten Ausführungen JELLINEKS, Staatslehre, S. 477.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 483.

damit verbundene Dualismus muß entschieden abgelehnt werden<sup>1)</sup>. Denn dieser Dualismus birgt einen für die juristische Erkenntnis unlösbaren Konflikt, einen inneren Widerspruch des Rechtssystems in sich. Und es ist im Grunde der gleiche Dualismus, wenn man den Staat zwar als souverän, d. h. als eine höchste Gewalt oder Ordnung behauptet, der Staatsgewalt aber — wenn schon nicht durch die subjektiven Rechte Einzelner, so doch — durch die „Natur“, den „Staatszweck“, die „Moral“, also durch irgendeine objektive Ordnung, die nicht die Staatsordnung selbst ist, Schranken gezogen sieht. Spricht man dann von „Schranken der Souveränität“<sup>2)</sup>, so bedeutet dies offenbar: daß die staatliche Rechtsordnung gewisse Inhalte nicht aufnehmen könne, weil dies mit einer anderen Ordnung in Widerspruch stünde. Gibt man aber dieser anderen Ordnung die Möglichkeit zu, den Inhalt der staatlichen Rechtsordnung — wenn auch nur in gewissen Punkten — zu bestimmen, dann muß diese Ordnung der staatlichen gegenüber als eine „höhere“, der Staat aber dann nicht mehr als souverän vorausgesetzt werden.

Die Erkenntnis, daß jedes subjektive Recht nur aus dem objektiven, der als Staat bezeichneten Rechtsordnung, abgeleitet werden könne, und daß der Rechtsordnung aus ihrem Wesen keine inhaltlichen Schranken entspringen, ist durchaus vereinbar mit der Anschauung, daß der Staat nur diejenigen „Hoheitsrechte“ habe, die er sich tatsächlich beilegt, woraus freilich JELLINEK<sup>3)</sup> die gegenteiligen Schlüsse zu ziehen versucht hat. Denn auch der Staat als Rechtssubjekt — und als solcher ist er zu denken, wenn seine „Hoheitsrechte“ in Betracht kommen — hat nur jene Rechte und Pflichten (speziell den anderen Subjekten gegenüber), die ihm als durch die Rechtsordnung übertragen gedacht werden müssen. Aber auch vom Standpunkte der Kompetenzerweiterung gesehen, kann zugegeben werden, daß, was der Staat auf dem Wege möglicher Zuständigkeitserweiterung gewinnen kann, noch nicht in seiner Rechtssphäre liegt<sup>4)</sup>. Allein darum fällt die Entziehung der Personen-

<sup>1)</sup> Allerdings beruht der übliche Begriff des subjektiven Rechtes überhaupt (und nicht bloß der eines angeborenen Persönlichkeitsrechtes) auf einem unzulässigen Dualismus, wenn man ihn als „rechtlich geschütztes Interesse“ u. dgl., also als etwas substantiell von dem objektiven Rechte, der Norm, verschiedenes definiert. Innerhalb ein und desselben Erkenntnisystems kann der Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht nur den Gegensatz der allgemeinen zur besonderen, der abstrakten zur konkreten, der generellen zur individuellen Norm bedeuten. Soll das subjektive Recht noch Recht, muß es — wie das objektive — Norm sein.

<sup>2)</sup> EBERS, a. a. O. S. 281.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 483.

<sup>4)</sup> JELLINEK, a. a. O. S. 482.



qualität in irgendeinem Umfange dennoch in den Bereich des Staates und diese bloße Möglichkeit bedeutet keineswegs schon „die völlige Vernichtung aller dem Staate eingegliederten Persönlichkeiten“<sup>1)</sup>).

## § 12.

### Souveränität als Kompetenzhoheit.

Damit ist die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis Souveränität zu der sogenannten Kompetenzhoheit steht, zumal ja in der Literatur vielfach die Meinung vertreten wird, das Wesen der Souveränität bestehe geradezu in der Kompetenzhoheit des Staates<sup>2)</sup>).

Unter „Kompetenzhoheit“ versteht die herrschende Lehre die Fähigkeit der Staatsgewalt, ihre Kompetenz, d. h. ihren Wirkungskreis selbst zu bestimmen. Da — um in den Vorstellungen und

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 482. Mit der Souveränität, die ein „juristischer Hilfsbegriff“ sei, werde keineswegs eine prinzipiell unbeschränkte und unbeschränkbare Zuständigkeit der Staatsgewalt festgesetzt. „Das Recht bezeichnet immer nur die aktuelle Zuständigkeit des Staates. Was der Staat auf dem Wege möglicher Zuständigkeitserweiterung gewinnen kann, liegt nicht in seiner Rechtssphäre. Andernfalls käme man zur völligen Vernichtung aller dem Staat eingegliederten Persönlichkeiten.“ — Wenn JELLINEK aber meint: „In der Anerkennung der Einzelpersönlichkeit hat unter allen Umständen staatliche Kompetenzerweiterung ihre Grenze“, so ist das natürlich etwas anderes. Es ist das eine dogmatische Behauptung, für die eine juristische Rechtfertigung nicht möglich ist. („Persönlichkeit“ heißt hier natürlich so viel wie Rechtsnormen bestimmten Inhalts.) Sie steht im vollendeten Widerspruch zu der folgenden, die Allmacht des Rechts voraussetzenden Behauptung, daß ein von der Verfassung für unabänderlich erklärter Rechtssatz, nämlich die republikanische Staatsform, nur durch Gewalt, nicht aber im Wege Rechtsens abgeändert werden könne; und dieser Satz wieder in Widerspruch zu der weiteren Annahme, daß die politische Unmöglichkeit einer Rechtsänderung einer rechtlichen gleichzusetzen sei, „da das faktisch Unmögliche niemals als rechtliche Möglichkeit konstruiert werden darf“. Warum sollte aber dann das faktisch Mögliche (die Abänderung des rechtlich Unabänderlichen) für rechtlich unmöglich gelten können?

<sup>2)</sup> So vor allem HAENEL, Studien zum deutschen Staatsrecht, I. Bd., 1873, S. 149: „In dieser Rechtsmacht des Staates über seine Kompetenz liegt die oberste Bedingung der Selbstgenügsamkeit, der Kernpunkt seiner Souveränität.“ Dagegen sagt HAENEL in seinem „Deutschen Staatsrecht“, I. Bd., 1892, S. 114: „Die Souveränität wird dem Staate nicht zugesprochen um des einen oder des anderen seiner wesentlichen Merkmale, sondern um aller seiner Grunderscheinungen willen.“ Trotzdem hält er es für „zulässig, das Wort souverän auf einzelne Erscheinungen innerhalb des als souverän bestimmten Staates anzuwenden“. Und demgemäß erklärt er S. 267: „Die Reichsgesetzgebung ist souverän. Denn sie besitzt die Rechtsmacht, innerhalb ihres Kompetenzgebietes das bestehende Gesetzgebungsrecht der Einzelstaaten nicht nur außer Kraft zu setzen, sondern . . .“

der Terminologie der herrschenden Lehre zu bleiben — die gesetzgebende Gewalt, das zur Satzung genereller Normen delegierte Organ ist, für das Kompetenzhoheit in Betracht kommt, bedeutet diese die Fähigkeit des Gesetzgebungsorgans, die Grenzen der Rechtssetzung zu bestimmen, jedes beliebige Objekt in beliebiger Weise der Gesetzgebung zu unterwerfen, den Gegenstand der Regelung zu bestimmen, d. h. neue Rechtspflichten und Berechtigungen zu statuieren oder alte aufzuheben, ihre Grenzen weiter oder enger zu ziehen. Auf den Staat, nicht als Gewalt, sondern als Rechtsordnung bezogen, bedeutet Kompetenzhoheit eine Möglichkeit der Abänderung der Rechtsordnung (in der generellen Form der Gesetze), und zwar einer solchen Aenderung, die eine Ausdehnung oder Einengung des sachlichen Geltungsgebietes der Rechtsordnung involviert. Dabei muß allerdings diese Abänderungsmöglichkeit eine unbeschränkte sein. Denkbar wäre nämlich eine Rechtsordnung (als Inbegriff der Gesetze), die nur nach bestimmter Richtung abänderbar wäre, da für gewisse Normen (z. B. bestimmte Verfassungsnormen) die Möglichkeit einer Abänderung fehlte. Ob in diesem Falle einer beschränkten Abänderungsmöglichkeit noch eigentlich von einer Kompetenzhoheit die Rede sein kann, mag zweifelhaft sein. Allein nicht jede Abänderungsmöglichkeit bedeutet Kompetenzhoheit. In der herrschenden Terminologie ausgedrückt, muß die Fähigkeit der Kompetenzbestimmung auf dem eigenen Willen des Staates beruhen. Auf die Frage, welche Bedeutung eigentlich dieser „eigene Wille“ habe, erhielt man eine bloße Scheinantwort, wenn man sich mit der Annahme begnügte, Kompetenzhoheit sei Fähigkeit des Staates, die Kompetenz durch das eigene Gesetzgebungsorgan zu bestimmen. Denn dasjenige Organ ist eben das „eigene“, das von der Rechtsordnung oder von der der Rechtsordnung zugrunde liegenden Ursprungsnorm zur Aenderung delegiert ist, oder dessen Funktion sie zur Bedingung, dessen Beschluß sie zum Inhalt der Aenderung bestimmt. Es liefe schließlich darauf hinaus, daß sich die Ordnung selbst ändern können müsse, damit Kompetenzhoheit vorläge. Allein ein Normensystem kann sich selbst nicht ändern. Der irreführende, anthropomorphistische Ausdruck ist auf die Formel zu reduzieren: Die Rechtsordnung kann die Bedingungen enthalten, unter denen sie eine Aenderung erfahren kann. Mit Kompetenzhoheit begabt ist eine Ordnung, wenn ihre Abänderbarkeit auf der eigenen Bestimmung, d. h. auf einer Norm dieser Ordnung selbst beruht.

Allein, kann die Abänderbarkeit einer Ordnung, insbesondere einer Rechtsordnung, auf Bestimmungen einer anderen beruhen? Nimmt man zwei Ordnungen an, die gegenseitig im Verhältnis der Ueber-

und Unterordnung stehen, dann kann die Abänderbarkeit der niederen wohl auf Bestimmung der höheren beruhend gedacht werden. Die höhere kann vorschreiben, ob überhaupt und wie die niedere geändert werden könne. Von Kompetenzhoheit ist dann keine Rede mehr. Nur eine Ordnung, die die Bedingungen ihrer Abänderbarkeit selbst bestimmt, hat Kompetenz-Kompetenz.

Die Abänderbarkeit einer niederen Ordnung, die eine höhere über sich hat (das gegenseitige Verhältnis zweier solcher Ordnungen wird noch näher zu untersuchen sein), ist normalerweise beschränkt. Das Wesen der Unterordnung besteht nämlich — wie später noch zu zeigen sein wird — in einer Delegation und damit in der Absteckung gewisser Grenzen, innerhalb deren sich die niedere Ordnung zu halten, ihre Aenderungen zu beschränken hat. Immerhin ist — mit Rücksicht auf den rein formalen Charakter der Delegation — der Fall denkbar, daß unbeschränkte Aenderungsmöglichkeit kraft Bestimmung der höheren Ordnung der niederen übertragen wird. Auch hier läge nicht Kompetenzhoheit im eigentlichen, formalen Sinne vor, da die unbeschränkte Abänderungsmöglichkeit dieser Ordnung nicht auf der eigenen, sondern auf der Bestimmung einer höheren — der delegierenden Ordnung — beruht. Höchstens von einer materiellen Kompetenz-Kompetenz, nicht aber von formaler Kompetenzhoheit kann die Rede sein. Solche kann nur einer souveränen Ordnung zukommen. Muß sie es aber auch? Wäre diese Frage zu bejahen, dann läge allerdings ein wesentlicher Zusammenhang — vielleicht sogar Identität von Souveränität und Kompetenzhoheit vor. Allein die Frage ist zu verneinen. Eine Ordnung und speziell die Rechtsordnung kann als höchste gedacht werden, kann souverän sein, ohne daß sie die unbeschränkte (oder auch nur beschränkte) Möglichkeit der Abänderung kraft eigener Bestimmung haben muß.

Die, gegenteilige Annahme beruht auf der irrigen, jedoch als communis opinio verbreiteten Anschauung, daß die Abänderbarkeit einer Ordnung, speziell die unbeschränkte Abänderbarkeit einer souveränen Ordnung, sich gewissermaßen von selbst verstehe, gleichsam aus der Natur der Sache, dem Wesen der Ordnung selbst hervorgehe, so daß es nicht für die Abänderbarkeit, sondern umgekehrt: nur für die Unabänderbarkeit der Ordnung oder einzelner Teile derselben einer ausdrücklichen Norm bedarf. Allein schon eine kurze Ueberlegung zeigt, daß gerade nur die Umkehrung dieses Satzes richtig ist. Die Frage, ob überhaupt die Abänderung einer Rechtsordnung möglich sei, ist nur dann zu bejahen, wenn die Bedingungen dafür, wie sie abzuändern sei, bestimmt sind.

Diese müssen aber ausdrücklich fixiert sein, damit ein Erkenntnisgrund für das Urteil gegeben sei, daß eine Norm — als Bestandteil einer Ordnung — aufhöre zu gelten und die Geltung einer anderen beginne, daß der gültige Inhalt einer Norm eine Aenderung erfahre. Wenn keine Bedingungen dafür bekannt sind, wie eine Ordnung abgeändert werden könne, kann sie überhaupt niemals als geändert erkannt werden. Eine Norm gilt eben zeitlich unbegrenzt, wenn sie nicht ausdrücklich die Bedingungen des Endes ihrer Geltung bestimmt.

Die entgegenstehende Meinung stützt sich in der Regel auf den ungeprüften Gemeinplatz: Eine Ordnung oder eine Norm kann auf dieselbe Weise abgeändert werden, auf die sie entstanden ist. Allein dieser Satz bleibt ins solange gänzlich ungerechtfertigt, als er nicht als Norm, d. h. als Bestandteil der abzuändernden Ordnung oder Norm, nachgewiesen ist, und daher als wesensfremd, weil außerhalb des fraglichen Normsystems stehend, gelten muß. Denn jedes Urteil über die Geltung einer Ordnung kann seine Gründe nur aus dieser Ordnung selbst holen. Das ist Prinzip aller normlogischen Erkenntnis.

Die Möglichkeit einer Abänderung oder gar einer unbeschränkten Abänderung, und zwar speziell durch Satzung eines besonderen Gesetzgebungsorgans ist nicht begriffswesentlich mit einer staatlichen Rechtsordnung verbunden. — Zunächst ist ein Staat durchaus ohne ein besonderes Gesetzgebungsorgan, eine Rechtsordnung ohne eine besondere zur Fortbildung oder Abänderung der generellen Normen delegierte Autorität denkbar. Wo das Recht sich nur gewohnheitsmäßig weiterbildet, gibt es überhaupt keine Gesetzgebungsinstanz. Von Kompetenzhoheit im landläufigen Sinne könnte hier keine Rede sein, obgleich an der Souveränität eines solchen Gemeinwesens deshalb nicht gezweifelt werden müßte. Auch können jene Normen, die die Stellung der obersten Organe des Staates bestimmen und ebenso kann der Umfang der Rechtsordnung überhaupt, d. h. es kann das Ausmaß der die Menschen verbindenden Verpflichtungen, der Kreis rechtlicher Gebundenheit und dementsprechend auch die rechts- oder staatsfreie Sphäre der Individuen als unabänderlich gelten, von Rechts wegen unabänderlich sein — ob sie es faktisch ist, bleibt eine andere Frage — ohne daß diesen Begriff der Staats- oder Rechtsordnung als einer höchsten, souveränen Ordnung irgendwie berührt. So wie bestimmte Normen — etwa solche die Staatsform betreffend — als unabänderliche gesetzt sein können, so wäre auch vorstellbar, daß die Abgrenzung der Kompetenz zwischen dem Oberstaat und den Glied-

staaten eines Bundesstaates betreffenden Normen aus irgendwelchen positiv-rechtlichen Gründen auf legalem Wege keine Aenderung erfahren können. Ob dies praktisch-politisch zweckmäßig ist, kommt hier nicht in Betracht. Die Souveränität des Bundesstaates stünde dadurch jedoch keineswegs in Frage. Damit soll nur gesagt werden, daß die als Staat bezeichnete souveräne Rechtsordnung nicht Kompetenzhoheit haben muß, daß Souveränität und Kompetenzhoheit weder identisch noch miteinander in dem Sinne wesentlich verbunden sind, daß jede souveräne Ordnung auch mit Kompetenzhoheit begabt sein müsse, wenn auch zugleich erkannt ist, daß nur der souveräne Staat Kompetenzhoheit im formalen Sinne haben kann<sup>1)</sup>.

Wenn auch in der neueren Literatur gegen die vielfach versuchte Identifizierung von Souveränität und Kompetenzhoheit wiederholt argumentiert wurde, so ist dies doch nicht selten mit unzutreffenden Gründen geschehen. So hat ROSIN<sup>2)</sup>, dessen Polemik gegen die bezeichnete Theorie manche scharfsinnige Bemerkung enthält, dennoch den Kern der Sache nicht getroffen, wenn er ausführt: Die Kompetenzhoheit könnte dem Deutschen Reiche fehlen und dennoch würde es seine Souveränität nicht verlieren, würden die Einzelstaaten nicht souverän sein; und zwar deshalb, weil die Einzelstaaten, auch wenn ihre Kompetenz nicht durch den Willen des Reiches eingeschränkt werden könnte, also in ihrem Umfange dem Reiche gegenüber gesichert wäre, dennoch innerhalb ihrer eigenen Kompetenz „die souveräne Macht des Reiches empfinden würden“<sup>3)</sup>. Diese Empfindung kann wohl kaum als rechtslogisches Kriterium gelten. Dagegen ist es durchaus richtig, daß es an der Souveränität der übergeordneten Verfassung des Reiches und dem Mangel dieser Qualität bei den unterstellten Verfassungen der Einzelstaaten nichts ändern würde, wenn die Kompetenzgrenze zwischen beiden unveränderlich wäre. Doch muß bei diesem Anlasse auf eine Bedeutung aufmerksam gemacht werden, die dem Begriff der Kompetenzhoheit nicht beigelegt werden darf, obgleich sie manchmal mit unterläuft, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend mit vorgestellt wird. Wenn, wie im Bundesstaat, zwei Verfassungen im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung einander gegenüberstehen, scheint der übergeordneten souveränen die Kompetenzhoheit gegenüber der niederen wesentlich zu sein, wenn man

<sup>1)</sup> Zu einem anderen Ergebnis müßte man allerdings dann gelangen, wenn man die Möglichkeit unabänderlicher Rechtsnormen überhaupt leugnete.

<sup>2)</sup> Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. In Annalen des Deutschen Reiches, 1883, S. 2 5 ff.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 271.

sich vergegenwärtigt, daß diese sich notwendigerweise — denn dies liegt im Begriffe der Unterordnung — innerhalb der von jener, als der höheren souveränen gesteckten Grenzen halten muß. Allein dieses Verhältnis der Ueberordnung der souveränen Verfassung über die nichtsouveränen — das in der eben charakterisierten Delegation besteht — darf nicht mit Kompetenzhoheit verwechselt werden. Diese liegt in der Aenderungs möglichkeit und ist keinesfalls gegeben, wenn die der nichtsouveränen Verfassung gezogene Grenze einer Aenderung nicht fähig ist. In der herrschenden Terminologie ausgedrückt: Es fehlt in diesem Falle jede Macht des souveränen Staates über die Kompetenz des nichtsouveränen, ihm untergeordneten Gemeinwesens. Unzutreffend ist auch, was JELLINEK<sup>1)</sup> gegen die von HAENEL vertretene Lehre der Identität von Souveränität und Kompetenzhoheit vorbringt, wenn er behauptet, sie bedeute die Leugnung des Völkerrechts, das ja dem Staat Verpflichtungen auferlege, die er nicht einseitig lösen könne. Dem geschlossenen Verträge gegenüber sei der Staat „inkompetent, d. h. gebunden“, es mangle ihm somit die Kompetenzhoheit, obgleich seine Souveränität bestehen bleibe. Demgegenüber ist zu bemerken, daß durch die von JELLINEK angeführte völkerrechtliche Bindung der Staat in seiner Kompetenzhoheit nicht im mindesten Abbruch leiden muß. Ebenso wie der Staat — in der herrschenden Terminologie gesprochen — eine eigene Norm, ein Gesetz nur unter den von ihm gesetzten Bedingungen ändern kann und daher an sie und somit an das Gesetz so lange gebunden bleibt, bis die vielleicht ganz außerhalb seiner Machtsphäre gelegenen Bedingungen eingetreten sind, so kann er auch an den Vertrag gebunden gedacht werden, dessen Lösung an die Zustimmung des anderen Staates geknüpft ist. Seine Kompetenzhoheit besteht ja gerade darin, daß die Aenderung, speziell die Aufhebung der ihn bindenden Norm (oder des Vertrages) von Bedingungen abhängt, die er selbst, die sein eigener Wille (wie man sich auszudrücken pflegt) gesetzt hat. Allerdings, wenn die völkerrechtliche Bindung des Staates auf einen von ihm unabhängigen, ihm übergeordneten Willen (immer in der JELLINEKschen Terminologie gesprochen) zurückgeführt wird, dann kann — da die staatliche Ordnung der völkerrechtlichen unterstellt erscheint — nicht mehr von Kompetenzhoheit des Staates in dem oben entwickelten formalen Sinne die Rede sein, aber nur deshalb, weil dem Staate keine Souveränität mehr zuerkannt ist. Darum ist das Völkerrecht (als die der staatlichen übergeordnete Ordnung) nicht mit der Identität

<sup>1)</sup> Staatenverbindungen, S. 29.

tifizierung von Souveränität und Kompetenzhoheit, sondern mit der Souveränität des Staates unvereinbar.

### Drittes Kapitel.

#### Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates.

##### § 13.

Einstellung des Problems: Souveränitätsfreie Begriffsbestimmungen des Staates.

In der Frage, ob Souveränität ein wesentliches Merkmal des Staates sei, hat die neuere deutsche Rechts- und Staatstheorie eine eigentümliche Wandlung durchgemacht. Während bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches und der sich daran anschließenden Bundesstaatstheorie die weitaus größte Anzahl der rechtsphilosophischen und staatsrechtlichen Schriftsteller die Souveränität als notwendige Eigenschaft des Staates erklärte<sup>1)</sup>, vollzog sich in dem darauf folgenden Dezennium eine ganz auffallende Schwenkung. Die bisherige Anschauung wird als Irrtum verworfen, und zwar in der kaum zu verhüllenden und auch meist zugestandenen Absicht, das Reich als Staat zu erkennen und zugleich die dem Reiche eingegliederten, bisher als Staaten angesprochenen Gemeinwesen auch weiterhin als solche gelten zu lassen. Wieder einmal hat ein politisches Moment die juristische Begriffsbildung beeinflusst. Die ganze Mechanik dieser das wissenschaftlich juristische Denken bestimmenden politischen Motivation aufzudecken, ist natürlich nicht leicht, wenn nicht unmöglich. Nur die größten Beziehungen liegen zutage. Und da sind es zweifellos gewisse noch aus der Zeit vor der Reichsgründung nachwirkende partikularistische Vorstellungen der breiten Masse, unter deren Einfluß — mehr oder weniger unbewußt — die juristische Theorie steht; dann aber auch dynastische Interessen, historische Rücksichten, die bei der Bildung der staatsrechtlichen Theorie und Terminologie zu allen Zeiten maßgebend waren.

Natürlich wird der politische Charakter der die Theorie bestimmenden Motive nicht zugegeben und auch nicht erkannt. Die für die neue Lehre typische, charakteristische Argumentation verläuft folgendermaßen: Souveränität ist dem Staate nicht wesentlich, denn es gibt doch nichtsoveräne Staaten: die dem allein souveränen Reiche eingegliederten Gliedstaaten. Angesichts dieser konkreten staatlichen Bildungen dennoch Souveränität als wesentliches Begriffsmerkmal des Staates festhalten, „heißt die Existenz

<sup>1)</sup> So konstatiert noch 1882 JELLINEK in seiner für den Wendepunkt wichtigen Monographie „Die Lehre von den Staatenverbindungen“, S. 37.

dessen leugnen, was man vor Augen sieht“, heißt „die faktischen Verhältnisse zugunsten einer abstrakten und unbrauchbaren Theorie verdrehen“, die nicht imstande ist „die Wirklichkeit zu erklären“<sup>1)</sup>. Nun liegt schon in dieser Problemstellung der fundamentale methodologische Fehler. Eine juristische Theorie kann niemals der Vorwurf treffen, daß sie die Wirklichkeit irgendwelcher sozialer Tatsachen nicht zu erklären vermöge, denn sie ist dazu gar nicht berufen. Insbesondere kann der Staat als Träger der Souveränität nicht in der Art eines Naturdings als existent behauptet werden, denn er kommt eben gar nicht als faktisches Verhältnis in Betracht, das man vor Augen sieht. Wäre er das, wofür ihn diese gänzlich in die Irre geführte Anschauung ausgibt, ginge wohl der Streit um seinen Begriff — wenn es überhaupt noch einen gäbe — andere Wege; es wäre nämlich vor allem kein Streit um Voraussetzungen! Das Faktum, auf das sich die herrschende Lehre gegenüber der von ihr bekämpften „abstrakten und unbrauchbaren Theorie“ beruft, erweist sich bei näherem Zusehen als eine Theorie, als ein bestimmter Sprachgebrauch, als die Tatsache nämlich, daß man für gewisse Ordnungen den Ausdruck „Staat“ verwendet, wobei natürlich die gewiß nicht zu bezweifelnde Faktizität dieses Sprachgebrauches keinerlei Schluß auf die Faktizität des Gegenstandes zuläßt. Allein vermag das faktische Vorkommen eines Wortes den von ihm ausgesagten Begriff zu bestimmen? Wo doch umgekehrt der Gebrauch des Wortes seine Rechtfertigung durch den Begriff erhält? Kann die Wissenschaft ihre Erkenntnis aus dem Sprachgebrauch holen, wenn sie es ist, die den Sprachgebrauch zu regulieren hat? Welche Sicherheit kann die juristische Theorie dafür geben, daß ein Sprachgebrauch, auf den sie sich beruft, nicht ganz und gar falsch ist, zumal die Zuchtlosigkeit des Sprachgebrauches auf kaum einem anderen Gebiete härter empfunden wird als auf dem der Rechtswissenschaft, deren kritische Aufgabe fast jedem Problem gegenüber damit beginnen muß, den von der unwissenschaftlichen Praxis gelieferten Sprachgebrauch zu vernichten. Erhebt sich die herrschende Lehre über dieses Argument des Sprachgebrauches und unternimmt sie es, den Begriff des nichtsouveränen Staates logisch zu rechtfertigen, so glaubt sie diese Aufgabe in der Weise erfüllen zu können, daß sie den Nachweis zu erbringen sucht, Souveränität sei nicht — wie von den Gegnern behauptet wird — das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Staate und den ihm unterstellten Ordnungen niederer Kate-

<sup>1)</sup> JELLINEK, Staatenverbindungen S. 13, 14, 37. Vgl. auch LABAND, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl. 1912, S. 18.



gorie, deren Prototyp die Gemeinde ist; das hier entscheidende Kriterium sei vielmehr ein anderes, so daß auch der nichtsoveräne Staat sich von der Gemeinde deutlich differenziere. Allein dieser Beweis verfehlt von vornherein sein Ziel. Denn selbst wenn es — wie diese Lehre annimmt — zwischen Staat und Gemeinde eine andere Differenz gäbe als Souveränität, ist damit noch keineswegs ausgemacht, daß der Staat nicht aus anderen Gründen dennoch souverän sein müsse. Dazu kommt: Wenn zwischen den beiden Ordnungen verschiedenen Grades, Staat und Gemeinde, die, da sie im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, d. h. überhaupt in einem Verhältnis stehen, gleichartig sein müssen, beide nur Rechtsordnungen sein können, ein Unterschied bestehen soll, dann kann dieser nur im Inhalt dieser beiden Ordnungen liegen. Das bedeutete aber, daß zum Wesen der als Staat bezeichneten Zwangsordnung ein bestimmter Inhalt gehört, daß der Staatsbegriff seinen rein formalen Charakter (demzufolge er sowohl eine Ausbeuter- wie eine Sozialistenordnung, eine gerechte, ungerechte, milde, grausame, eine enge oder weite Ordnung sein kann) verliert. Das dürfte aber sogar gegen die eigenen Voraussetzungen der herrschenden Lehre verstoßen. Dabei ist es von Grund aus verfehlt, wenn man bei der Suche nach der spezifischen Differenz des Staates seinen Blick auf die ihrem Inhalt nach historisch bedingte Ordnung der Gemeinde beschränkt. Dadurch verliert der Beweis allgemeine Gültigkeit. Vielmehr müßte die Ueberlegung richtigerweise diesen Weg gehen: Durch Delegation kann die Staat benannte Zwangsordnung eine auch inhaltlich durchaus gleichartige Unter-Ordnung ausscheiden und sich unterstellen. Wenn zum Wesen der staatlichen Ordnung nicht ein besonderer Inhalt gehört, dann ist die einzige Differenz zwischen beiden ihre gegenseitige Stellung, und diese Differenz ist eine relative, das heißt, es ist kein Grund dafür gegeben, nicht beiden den Namen des Staates zu verleihen, wenn sich dieser Begriff nicht auf die höchste beschränkt und die Rangdifferenz so zu einer absoluten wird.

Selbst wenn man jedoch die ganze Problemstellung der herrschenden Lehre gelten läßt, so zeigt sich, daß es ihr nicht gelungen ist, den Begriff des Staates unter Verzicht auf das Merkmal der Souveränität zu begründen, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal gegenüber den dem Staate unterstellten Ordnungen (Gemeinde, autonome Provinz) aufzuzeigen. Alle Versuche, den Staat unter Ausschaltung des Souveränitätsmomentes zu definieren, laufen schließlich doch auf die Definition einer souveränen Zwangsordnung hinaus.

## § 14.

„Nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“: eine Definition der souveränen Rechtsordnung.

Einige typische Konstruktionsversuche sollen zu diesem Zwecke näher geprüft werden. Zunächst derjenige JELLINEKS, der das entscheidende Kriterium des Staates in der Berechtigung, „aus eigenem Rechte bindende Normen zu erlassen“, zu erkennen sich bemühte, dabei unter „eigenem Recht“ „rechtlich unkontrollierbares Recht“ verstanden wissen wollte<sup>1)</sup>. Indes hat JELLINEK diese Bestimmung des Begriffs des „eigenen Rechtes“ später — wohl angesichts der trefflichen Gegenargumente ROSINS und LABANDS — nicht mehr aufrecht erhalten. Sein endgültiges Formulieren lautet: „Wesentliches Merkmal des Staates ist Dasein einer Staatsgewalt. Staatsgewalt ist aber nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“. „Wo ein Gemeinwesen aus ursprünglicher Macht und mit ursprünglichen Zwangsmitteln Herrschaft über seine Glieder und sein Gebiet gemäß einer ihm eigentümlichen Ordnung zu üben vermag, da ist ein Staat vorhanden“<sup>2)</sup>.

Da diese Ausführungen den Anspruch erheben, als juristische zu gelten, muß bemerkt werden, daß der Staat als Gewalt niemals den Rechtsbegriff des Staates, das Substrat der Staatsrechtslehre abgeben kann; daß der Schluß: „aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“ durch nichts gerechtfertigt ist, da es erst des Beweises bedarf, ob eine „Macht“ zu „Recht“ ausgeübt wird oder nicht. Das Wesentlichste dieser Begriffsbestimmung liegt jedoch darin, daß das „eigene Recht“ negativ charakterisiert wird in dem Mangel einer weiteren Ableitbarkeit. Die Herrschergewalt „zu eigenem Recht“ wird auch als „nicht weiter ableitbare“, als „ursprüngliche“ bezeichnet<sup>3)</sup>. Was bedeutet aber dieses „Ableiten“? Die

<sup>1)</sup> Staatenverbindungen, S. 40, 41.

<sup>2)</sup> Staatslehre, S. 489, 490.

<sup>3)</sup> Allerdings findet sich bei JELLINEK auch die Auffassung, das „eigene“ Recht auf Herrschaft müsse nicht zugleich ein „ursprüngliches“, „unabgeleitetes“ sein; für den Staat sei nur wesentlich, daß er ursprüngliche Herrschergewalt habe. „Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unterscheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbands- oder Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie zum eigenen Rechte des Verbandes geworden ist, nicht ursprüngliche, sondern abgeleitete Gewalt.“ (Staatslehre S. 430.)

„Ursprünglichkeit“, die hier für die Staatsgewalt in Anspruch genommen wird, kann nicht den Sinn haben, daß der Staat eine *prima causa* sei, das „Ableiten“ einer Gewalt aus einer anderen kann nicht die natürliche Bedeutung eines kausalen Erzeugens haben. Nicht auf die Ursache und Wirkung aufdeckende Erklärung, sondern auf eine Rechtfertigung, auf die Beziehung zu einer Norm verweist die „Ableitung“, von der die Rede ist. Eine abgeleitete und daher nicht ursprüngliche „Gewalt“ ist eine solche, die durch eine höhere eingeräumt, übertragen wird, ist im Grunde eine Befugnis oder ein Recht, ist eine Pflicht oder eine Kompetenz, ist eine Ordnung, die auf einer höheren Ordnung ruht. Abgeleitet ist die individuelle Pflicht aus einer generellen Norm, abgeleitet ist die Befugnis des Stellvertreters aus der Vollmacht des Stellvertretenen, abgeleitet ist die Kompetenz des Staatsorgans aus der Verfassung, die Verordnungsgewalt des Ministers aus dem delegierenden Gesetz. Abgeleitet ist die Verfassung der Gemeinde aus der Verfassung des Staates. Nicht ableitbar, also ursprünglich ist in diesem rein normativen Sinne, der in dem Begriffe der Ableitung steckt, was nicht auf eine höhere Ordnung zurückgeführt werden kann, dessen Geltung nicht selbst wieder auf der Geltung einer höheren Norm beruht, über dessen Geltung keine höhere vorausgesetzt wird. Und dieser normative Charakter des „Abgeleitetseins“ setzt sich in der bekanntesten Staatsdefinition JELLINEKS<sup>1)</sup> unbewußt durch, wenn gesagt wird, „der Staat ist der einzige, kraft ihm innewohnender, ursprünglicher, rechtlich von keiner anderen Macht abgeleiteter Macht herrschende Verband“. Nur weil die „Macht“ rechtlich nicht weiter ableitbar ist, ist sie ursprünglich<sup>2)</sup>. Ursprünglich ist

<sup>1)</sup> Staatslehre, S. 180. Nur nebenbei sei bemerkt, daß es sich dabei um die Bestimmung des „sozialen“ und nicht des „juristischen“ Staatsbegriffes handelt.

<sup>2)</sup> Die Vermengung soziologisch-psychologischer und normativer Argumentation, die bei JELLINEK immer wieder unterläuft, kehrt verstärkt bei REDSLOB (Abhängige Länder, 1914) wieder, der die „ursprüngliche Herrschergewalt“ als Kriterium des Staates von JELLINEK übernimmt und die „Ursprünglichkeit“ der staatlichen Gewalt damit zu charakterisieren versucht, daß es sich beim Staate „immer um eine erste Vereinigung handelt, nicht um eine zweite Vereinigung, die durch eine erste geschaffen ist“ (a. a. O. S. 49). Es komme also auf die realen Kräfte an, durch die die Vereinigung „geschaffen“ werde. Das wäre ein historisch genetisches Kriterium. Allerdings modifiziert REDSLOB diese Anschauung sofort dahin, daß es nicht auf die „Kräfte“ ankomme, die „bei der Entstehung eines Gemeinwesens mitwirken“, sondern auf diejenigen, die „das Gemeinwesen zusammenhalten“. Die Körperschaft, die als Staat gelten wolle, müsse „ihre Macht aus sich selber schöpfen“ (a. a. O. S. 40). Als ob für eine auf die Welt der realen „Kräfte“ gerichtete Betrachtung

der Wert, den ich als höchsten voraussetze, nicht weiter ableitbar die Gewalt (die, sofern ich sie mit Ableitbarkeit in Beziehung bringe, Ordnung ist), die ich als souverän erkenne. Die Ursprünglichkeit oder Unableitbarkeit der Staatsgewalt ist ganz und gar identisch mit dem, was JELLINEK als negative Bedeutung der Souveränität bezeichnet: die Eigenschaft der Staatsgewalt, „die keine höhere über sich kennt“, derzufolge sie höchste und unabhängige Gewalt ist<sup>1)</sup>. Wenn die Vorstellung einer Macht oder gar eines Rechtes „aus eigenem Rechte“ überhaupt einen Sinn haben kann, und das „eigene“ Recht etwas anderes heißen soll als ein Recht, dessen Subjekt man ist, wenn ein Unterschied zu jedem beliebigen subjektiven Rechte vorliegen soll, dann kann es doch nur dies sein, daß das Recht oder die Macht, die man „zu eigenem“ Rechte hat, nicht, wie das subjektive Recht im gewöhnlichen Sinne, seine Geltung aus einer übergeordneten Rechtsordnung „ableitet“, sondern selbst die höchste oberste Geltung beansprucht, für die eine weitere Rechtfertigung voraussetzungsgemäß abgelehnt wird. Kurz: Die „Macht zu eigenem Rechte“ kann nichts anderes sein als die souveräne Ordnung.

Damit entpuppt sich der nicht souveräne Staat JELLINEKS ja von vornherein schon als wesentlich mit Souveränität begabt!

Wenn als der einzig mögliche der logisch-normative Sinn des „Ableitungs“-Begriffes erkannt ist, dann kann nicht zweifelhaft sein, welche Bedeutung allein der JELLINEKschen Wendung abzugewinnen ist: „Wo immer daher ein Gemeinwesen seine Verfassung von einer anderen Macht erhält, so daß sie nicht auf seinem Willen, sondern dauernd auf dem Gesetze dieser Macht ruht, da ist kein Staat, sondern nur das Glied eines Staates vorhanden“<sup>2)</sup>. Denn die Vorstellung, daß ein Gemeinwesen seine Verfassung von einer anderen Macht (die doch offenbar auch eine Verfassung haben muß) „erhält“, ist mit der Vorstellung, daß die eine Verfassung aus einer anderen, höheren, abgeleitet wird, ebenso identisch wie die Vorstellung, daß die eine Verfassung „auf dem Gesetze dieser Macht“, d. h. auf

tung eine Ursprünglichkeit — als prima causa — überhaupt vorstellbar wäre! Allein die Welt, auf die REDSLOBS Untersuchungen zielen, ist in Wahrheit eine Welt der Werte. Sie zeigt ihm einen „höheren“ Willen, dem ein anderer, niederer, „untergeordnet“ ist, und als Gegensatz der „ursprünglichen“ erscheint ihm die „delegierte“ Macht (a. a. O. S. 42). Das ist nur im Bereiche der Normen, in der Welt des Sollens, nicht des Seins denkbar. In dieser Ebene liegt das Problem der „abhängigen“ Länder. Die realen soziologischen und psychologischen Tatbestände, die REDSLOB analysieren zu müssen glaubt, verhüllen nur den Kern der Frage.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 475.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 490, 491.

der anderen höheren Verfassung „ruht“. Ein Gemeinwesen kann seine Ordnung nicht im wörtlich physischen Sinne von einem anderen Gemeinwesen (oder dessen Ordnung) „erhalten“, so wie ein Mensch von einem anderen einen Gegenstand erhält. Dieser körperliche Vorgang ist nur ein Bild für die logisch-normative Beziehung der Ueber- und Unterordnung zweier Verfassungen, welches Verhältnis identisch ist mit dem der Delegation. Und so bedeutet der zuletzt zitierte Satz JELLINEKS tatsächlich nichts anderes als: Ein Gemeinwesen, das eine höhere Ordnung über sich hat, das also nicht souverän ist, ist kein Staat! Und das stimmt auch wörtlich mit der von JELLINEK aufgestellten sogenannten positiven Begriffsbestimmung der Souveränität: Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung durch Aufstellung einer Rechtsordnung oder (was doch dasselbe ist) einer Verfassung. Ein Gemeinwesen, das seine Verfassung selbst aufstellt, sie also nicht von einer anderen Stelle „erhält“, das sich selbst bestimmt und nicht durch ein anderes bestimmt wird — die „Bestimmung“ liegt doch in der Aufstellung der Verfassung — das heißt, wenn man von der verdoppelnden Hypostasierung absieht, eine Ordnung, die aus keiner höheren abgeleitet wird, ist souverän; nur das souveräne Gemeinwesen ist ein Staat!

### § 15.

#### Der rechtliche Charakter der Gliedstaaten.

Darum muß es als mit den eigenen Voraussetzungen JELLINEKS im Widerspruch stehend erkannt werden, wenn dieser behauptet, die sogenannten Gliedstaaten im Bundesstaate seien, bei Annahme des Bundesstaates als eines souveränen Staates, nicht souveräne Staaten. Denn wegen des hier vorliegenden und auch von JELLINEK anerkannten Verhältnisses einer höheren zu den ihr unterstellten niederen Ordnungen müssen diese letzteren ebenso als auf der ersten ruhend angesehen werden, wie die Vorstellung zulässig ist, daß die Gliedstaaten ihre Verfassung vom übergeordneten Bundesstaate „erhalten“ haben. Insbesondere muß aber — und das ist der logisch korrekte, weil unbildliche Ausdruck — die Verfassung der Gliedstaaten aus jener des Bundesstaates „abgeleitet“ gedacht werden. Und all dies sagt übrigens JELLINEK über das Verhältnis des Gliedstaates zum Bundesstaat selbst aus! In der richtigen Erkenntnis, daß für die juristische Betrachtung nicht der tatsächliche Vorgang des historischen Geschehens, sondern die normlogische Beziehung relevant ist, hat JELLINEK in seiner monographischen Behandlung des Themas festgestellt, nicht etwa bloß, daß die Gliedstaaten ihre Verfassung vom Bundesstaat „erhalten“, aus dessen

Hand er die Gliedstaaten alle ihre Rechte und Pflichten „empfangen“ läßt<sup>1)</sup>, sondern vielmehr noch: „daß der Bundesstaat durch seine Verfassung die Gliedstaaten schafft“<sup>2)</sup>. Und während er (in seiner Allgemeinen Staatslehre) zum Wesen des Staates die nicht weitere Ableitbarkeit seiner Verfassung oder Gewalt rechnet, sagt er von den Gliedstaaten, die er nicht bloß so nennt, sondern auch als solche gelten lassen will: „daß sie dem Bundesstaate als dem allein rechtlich ursprünglich Existierenden“ gegenüber, „als das Abgeleitete zu betrachten sind“<sup>3)</sup>.

Mit der Charakterisierung des Staates als einer nicht weiter ableitbaren, ursprünglichen Herrschergewalt wird dem Staat — wenn auch nur mit anderen Worten — Souveränität als wesentliches Merkmal zugesprochen. Darum ist es eine logische Unmöglichkeit, wenn JELLINEK dennoch versucht, die Grenze zwischen souveränem und nichtsoveränem Staate zu ziehen, indem er die Differenz zwischen seiner Begriffsbestimmung der Souveränität und jener des nichtsoveränen Staates aufzeigt. „Souveränität ist Fähigkeit ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung, daher kann nur der souveräne Staat innerhalb der von ihm selbst gesetzten oder anerkannten Rechtsschranken völlig frei den Inhalt seiner Zuständigkeit regeln. Der nichtsoveräne Staat hingegen bestimmt sich ebenfalls frei, soweit

<sup>1)</sup> Staatenverbindungen, S. 281.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 278.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 278. Dieser eklatante Widerspruch erklärt sich daraus, daß JELLINEK zwar an dem ursprünglich aufgestellten Staatskriterium des „eigenen Rechtes“ festhält, ihm jedoch später eine gänzlich veränderte Bedeutung unterschiebt. Erst heißt es soviel wie „Unkontrolliertheit“, damit ist die Abgeleitetheit vereinbar, die er als das charakteristische Verhältnis der Gliedstaaten zum Bundesstaat erkennt. Später läßt er die „Unkontrolliertheit“ fallen und setzt statt dessen „Unableitbarkeit“ als Bedeutung des „eigenen Rechtes“. Ganz abgesehen davon, daß dies dasselbe bedeutet wie Souveränität, stürzt jetzt auch seine Konstruktion des nichtsoveränen Gliedstaates im Bundesstaate zusammen! Wenn JELLINEK — in einem Selbstwiderspruch — gelegentlich das Kriterium des „eigenen“ Rechtes für den Staat fallen läßt und nur die hievon angeblich verschiedene „Ursprünglichkeit“ der Staatsgewalt betont (vgl. das oben S. 56, Anm. 3 gebrachte Zitat), so ist das nur ein Symptom für diesen Bedeutungswandel. Daß jeder dem Staat eingegliederte Verband seine Herrschergewalt vom Staat abgeleitet habe, ist im Grunde eine tautologische Behauptung. Denn daß ein Verband in einen anderen eingegliedert, und daß die „Herrschergewalt“ des einen von der des anderen „abgeleitet“ ist, bedeutet ein und dasselbe. In dem fraglichen Zitate versteht JELLINEK unter der den Staat charakterisierenden Herrschergewalt offenbar nur die souveräne, höchste Herrschergewalt. Wie aber unter solchen Umständen die in den Bundesstaat eingegliederten sog. Gliedstaaten noch eine „ursprüngliche“ Herrschergewalt haben und somit Staaten sein können, muß allerdings rätselhaft bleiben.

seine staatliche Sphäre reicht. Bestimmbarkeit oder Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen ist das Merkmal einer jeden selbständigen Herrschergewalt<sup>1)</sup>. Auffallen muß, daß hier an Stelle der Unableitbarkeit oder „Ursprünglichkeit“ die „Freiheit“ und „Selbständigkeit“ als wesentliche Eigenschaften der Staatsgewalt treten. Allein auch in dieser Modifikation ist der Begriff des nichtsoveränen Staates unhaltbar. Denn „frei“ oder „selbständig“ kann die Selbstbestimmung des nichtsoveränen „Staates“ nicht mehr genannt werden, wenn sie nur soweit reicht, als die ihm durch den souveränen Staat, also wie man sich ausdrückt, durch einen fremden Willen gesteckte Sphäre. Denn „frei“ regelt „nur“ der souveräne Staat den Inhalt seiner Zuständigkeit, weil und sofern die Rechtsschranken, innerhalb deren die Regelung erfolgt, von ihm selbst gesetzt oder anerkannt sind! Dieses „Frei“sein des nichtsoveränen Staates, soweit seine staatliche Sphäre reicht, diese Vorstellung einer beschränkten Freiheit ist ebenso widerspruchsvoll wie die Vorstellung einer „beschränkten“ oder partiellen Souveränität, gegen die gerade JELLINEK treffende Argumente ins Feld führt. Ein Gemeinwesen hat eben keine „freie“ oder „selbständige“, geschweige denn eine „nicht weiter ableitbare“ Herrschergewalt, wenn sich über ihm eine andere „Gewalt“ erhebt, die — was JELLINEK ja ausdrücklich zugibt — mit Kompetenzhoheit ausgestattet, die sogenannte „staatliche“ Sphäre des niederen Gemeinwesens im Wege Rechts völlig zu eliminieren vermag. Darum ist es unbegreiflich, wie JELLINEK dem nichtsoveränen „Staate“ Kompetenzhoheit zusprechen kann<sup>2)</sup>. Darf von einer dem Gliedstaate zustehenden Rechtsmacht über seine Kompetenz noch die Rede sein, wenn der übergeordnete Bundesstaat, nicht aber der Gliedstaat selbst eine Erweiterung vornehmen kann?

Vielleicht ist der den JELLINEKschen Ausführungen zugrunde liegende Gedanke der, daß der souveräne Staat sich ausschließlich selbst rechtlich bestimme, also „völlig“ frei sei, während der nichtsoveräne Staat sich nur zum Teil rechtlich selbst bestimme, zu diesem Teile somit freier Staat sei. Allein, selbst wenn man schon mit Rücksicht darauf, daß der Inhalt der nichtsoveränen, untergeordneten Verfassung nicht in der souveränen Ordnung vorbestimmt ist, von einer gewissen Freiheit im materiellen Sinne sprechen wollte, so liegt doch in der einzig relevanten formalen Richtung nur Gebundenheit des nichtsoveränen Gemeinwesens vor. Wenn auch das „Wie“ seiner Ordnung nicht durch die höhere Ordnung determiniert ist, die Tatsache, daß es eine Ordnung habe

---

<sup>1)</sup> Staatslehre, S. 495.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 495.

(daß es also überhaupt existent sei) und welches der Umfang dieser Ordnung sei, ist durch die höhere Ordnung bestimmt; das Gemeinwesen ist somit bezüglich seiner eigenen Ordnung ebensowenig „frei“ wie unabhängig.

## § 16.

### Die geteilte Souveränität.

Hier liegt letztlich der Grund dafür, daß die, speziell zur Konstruktion des Bundesstaates verwendete Theorie von der geteilten Souveränität mit einer in sich widerspruchsvollen Vorstellung operiert. Obgleich die herrschende Lehre diese Theorie bekämpft, ist sie sich des eigentlichen Grundes für diese Ablehnung nicht bewußt geworden. Charakteristisch dafür ist, daß JELLINEK zwar für möglich hält, daß der (nichtsouveräne) Gliedstaat teils „frei“ oder „unabhängig“, teils unfrei und abhängig sei, daß er aber mit größtem Nachdruck die Unteilbarkeit der Souveränität behauptet. Und doch ist beides gänzlich unvereinbar, da im Grunde die „Freiheit“ oder „Unabhängigkeit“ des Staates identisch ist mit seiner „Souveränität“.

Die herrschende Lehre pflegt das Problem der Teilbarkeit der Souveränität an der Personifikation der Rechtsordnung, an der Staatsperson zu exemplifizieren. „Eine Persönlichkeit“, sagt LABAND, ganz ähnlich wie JELLINEK, „kann einen großen und weitreichenden Kreis von Lebenszwecken nach ihrem freien und selbständigen Willen beherrschen, sie ist dennoch nicht souverän, wenn sie an irgend einem Punkte einem fremden Willen unterworfen, der Herrschaft einer anderen Persönlichkeit unterstellt, ihren Befehlen von Rechts wegen Gehorsam schuldig ist. Es gibt keine halbe, geteilte, verminderte, abhängige, relative Souveränität, sondern nur Souveränität oder Nichtsouveränität“<sup>1)</sup>. Allein warum ist eine Person oder, wie man richtiger sagen müßte, eine Ordnung, auch wenn sie nur in einem einzigen Punkte einer anderen Person, das heißt einer anderen Ordnung unterstellt ist, nicht mehr souverän, warum kann eine geteilte Souveränität nicht gedacht werden? Und warum ist es ein Widerspruch, wenn LABAND, ganz ebenso wie JELLINEK, zwar eine geteilte, relative, verminderte Freiheit und Unabhängigkeit, nicht aber eine solche Souveränität zugeben wollen?

Man muß hier — wie bereits bemerkt — deutlich eine relevante formale von einer für die Konstruktion irrelevanten materiellen Relation unterscheiden. Und man muß sich davon emanzipieren, eine Ver-

<sup>1)</sup> Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., I. Bd., 1911, S. 73.



ordnung, die nichts ist als ein System von Normen, anthropomorphistisch als einen Menschen vorzustellen, der Befehle erteilt, so daß das Verhältnis einer niederen zu einer höheren Ordnung mit dem Bilde eines Mannes erledigt wird, dessen Willensemanation nur an bestimmten Punkten auf eine Schranke stoßen, die ihm von einem Anderen, Stärkeren gleichsam, gesetzt sind. Daß eine Ordnung einer anderen, höheren in einem bestimmten Punkte unterworfen, in einer bestimmten Richtung gebunden sei, das bedeutet doch nichts anderes, als (oder kann auch so ausgedrückt werden) daß die Regelung einer bestimmten Materie unmittelbar durch die höhere Ordnung erfolgt, während die aller übrigen (der Regelung überhaupt fähigen) Materien durch die niedere Ordnung erfolgen. Die niedere Ordnung ist in ihrer Kompetenz begrenzt durch eine höhere. Daß von zwei — allerdings miteinander in Beziehung stehenden — Ordnungen und nicht nur von einer die Rede ist, diese vorläufige Unterscheidung beruht auf der Verschiedenheit der zur Erzeugung und Fortbildung der Normen berufenen Organe, im Bundesstaat z. B. auf dem Unterschied von Bundes- und Landes- (Gliederstaats-) Gesetzgebung. Die höhere Ordnung bildet das System der Bundesgesetze, die niedere jenes der Landesgesetze. Worin zeigt sich aber die Einheit zwischen beiden Ordnungen, ihre gegenseitige Bezogenheit, der Umstand, daß letztlich nicht zwei verschiedene Ordnungen vorliegen, sondern eine Einheit gegeben ist, die Einheit einer Gesamtordnung? Doch offenbar gerade nicht in der Richtung oder in bezug auf jene Materie, deren Regelung unmittelbar durch die höhere Ordnung erfolgt, sondern gerade hinsichtlich jener, die der unmittelbaren Regelung der „niederen“ Ordnung zur Verfügung steht. Darin nämlich, daß diese ganze Regelung und somit die ganze niedere Ordnung als von der höheren ermächtigt; als von jener Ordnung delegiert erkannt werden muß, die die andere Materie unmittelbar regelt. Gewiß, in materieller Beziehung mag die niedere Ordnung in jener Richtung, in der sie selbst unmittelbar regelt, „frei und unabhängig“ von der höheren erscheinen, während sie in bezug auf die Materie, die unmittelbar von der höheren geregelt wird, deren Regelung ihr entzogen ist, an der ihre Kompetenz endet, unfrei und abhängig genannt werden mag (obgleich sie, streng genommen, nach dieser Richtung als Ordnung überhaupt nicht „ist“); soferne man nämlich zum Ausdruck bringen will, daß der Inhalt der Normen der niederen Ordnung nicht durch eine Norm der höheren Ordnung bestimmt wird. Allein das Unterordnungsverhältnis kommt formal gerade nur in bezug auf jene Materie zum Ausdruck, deren unmittelbare Regelung der niederen Ordnung obliegt, und hinsichtlich welcher sie allein als solche in Betracht kommend, von der

höheren beauftragt, ermächtigt, delegiert erscheint. Wenn eine nach irgend einer Richtung begrenzte Ordnung nicht in ihrer Gänze von einer anderen als delegiert gilt, ist sie überhaupt keine niedere Ordnung, die einer höheren unterworfen ist. So paradox es scheinen mag, so ist dies doch nur eine Konsequenz richtiger normlogischer Erkenntnis. Gerade in jenem Punkte, in dem der übliche Sprachgebrauch eine Ordnung einer anderen „unterworfen“ sein läßt — dort nämlich, wo eine unmittelbare Regelung durch die höhere Ordnung angenommen wird — ist die niedere Ordnung in ihrer begrenzten Besonderheit überhaupt nicht als solche gegeben. Es ist ungenau, sie in diesem Punkte als unfrei, abhängig zu bezeichnen, von ihr in dieser Hinsicht überhaupt zu sprechen: die Richtungen, nach denen sie in Geltung steht, und hinsichtlich jener der herrschende Sprachgebrauch sie als frei und unabhängig bezeichnet, gerade in diesen Richtungen, d. h. aber in der Gänze ihrer begrenzten Besonderheit muß sie als von derselben Ordnung beauftragt, ermächtigt, delegiert, muß sie als Inhalt einer einzigen Blankettnorm derselben Ordnung angesehen werden, von der die unmittelbare Regelung der ihr entzogenen Materie ausgeht: denn nur dann und nur insoweit kann sie als dieser „höheren“ Ordnung unterworfen gedacht, kann die Einheit der niederen mit der höheren Ordnung, die Einheit des Unter- und Ueberordnungsverhältnisses sichergestellt werden. An einem konkreten Beispiel sei das Gesagte erläutert. Der unmittelbaren — oder wie die herrschende Theorie sagt — der freien, unabhängigen Regelung durch die Ordnung des Gliedstaates sind nur bestimmte Materien überlassen; hinsichtlich der anderen gilt auch auf dem Gebiete des Gliedstaates die Ordnung des Oberstaates. Es ist unrichtig, zu sagen, daß in letzterer Richtung der Gliedstaat gebunden sei, denn er ist hier überhaupt nicht, hier ist der Oberstaat. Und in ersterer Richtung, in der allein der Gliedstaat als begrenzte Ordnung gegeben ist, muß er als dem Reich untergeordnet, als eine von der Reichsordnung ermächtigte, delegierte Ordnung erscheinen, weil er sonst überhaupt nicht als dem Reiche unterstellt gedacht werden könnte. Er ist also gerade dort formell gebunden, wo er nach üblicher Terminologie materiell als frei bezeichnet wird: und ist somit nicht teils frei, teils gebunden, teils unabhängig oder souverän und teils abhängig, unterworfen, nichtsoverän, sondern er ist — nach jeder Richtung, in der er überhaupt in Betracht kommt — unfrei, einem höhern unterworfen, nichtsoverän.

Es ist daher auch unrichtig, wenn man den dem Reich untergeordneten Gliedstaat als Person bezeichnet, die der höheren Person des Reiches gerade nach jener Richtung hin gehorsamspflichtig

oder unterworfen ist, in der die unmittelbare Ordnung des Reiches in Geltung steht. Denn nach dieser Richtung kann von der Person des Gliedstaates überhaupt keine Rede sein; auch nicht als Exekutivorgan des Reiches; gerade in letzterem Falle ist es ja der Oberstaat, nicht der Gliedstaat, der handelnd auftritt, so wie der Staat, nicht der Richter das Urteil exequiert, dem Organ Persönlichkeit nicht zukommt, weil die Zurechnung durch das Organ hindurchgeht. Als Person kommt der sogenannte Gliedstaat nur insoweit in Betracht, als seine „eigene“ Ordnung in Geltung stehend vorausgesetzt wird. Nur nach dieser Richtung könnte er daher dem Reich als gehorsamspflichtig angesehen werden; nach dieser Richtung aber in seiner Totalität, und nicht teilweise gehorsamspflichtig, teilweise frei. Das wäre überhaupt eine Fehlvorstellung: eine Person, die zum Teil einer Ordnung unterworfen, durch diese verpflichtet, zum Teil aber von dieser Ordnung frei ist. Denn die Person, die nichts als die aus der Ordnung abgeleitete Pflichtsubjektivität ist, reicht nicht weiter als diese Gebundenheit durch die Ordnung, ist ja nur die Personifikation dieser Gebundenheit.

Und schließlich ist auch das Folgende zu erwägen. Wenn die souveräne Ordnung bezüglich einzelner Territorien und gewisser Materien auf die Geltung bestimmter für diese Territorien schon vor der Geltung der Reichsverfassung existenter Normen (auf die Rechtsordnung Bayerns, Sachsens usw.) verweist, so macht sich die Reichsverfassung diese Ordnungen ebenso zu ihren Bestandteilen, sie vollzieht logisch ebenso eine Einverleibung dieser Ordnungen, wie etwa das Handelsgesetzbuch, wenn es auf ältere Usancen verweist. Mit anderen Worten: Die Ordnungen, auf welche die als höchste vorausgesetzte Verfassung verweist, die sie delegiert, sind als aus ihr abgeleitet vorzustellen, sind der als souverän gedachten Verfassung letztlich zuzurechnen. Und wenn die souveräne Verfassung zur Abänderung der niederen Ordnungen (die sie durch Verweisung sich unterstellt oder in eine Gesamtordnung eingegliedert hat, denn es gibt schließlich nur eine Ordnung) etwa ein besonderes Gesetzgebungsorgan delegiert, das verschieden ist von jenem Gesetzgebungsorgan, dem die Aenderung der souveränen Ordnung selbst übertragen wird, dann ist im Grunde genommen das erstere, wenn auch mittelbar, so doch auch ein Organ der souveränen Verfassung des Reiches. Es muß mit Entschiedenheit festgestellt werden, daß die normlogische, juristische Erkenntnis keine Möglichkeit hat, den Gesetzgebungsapparat des nichtsoveränen „Gliedstaates“ als ausschließliches Organ dieses letzteren anzusehen und in der Funktion dieses Apparates etwa nur den „eigenen“ Willen des nicht-

souveränen Gemeinwesens zu erblicken. Vielmehr liegt hier auch der „Wille“ des übergeordneten souveränen Gemeinwesens vor. Denn die Frage, wem dieses „Willens“-Organ zuzurechnen sei, beantwortet sich nicht nach faktischen Verhältnissen, sondern ausschließlich nach den Normen, nach der Ordnung, welche die Funktion dieses Apparates zur Bedingung der Aenderung ihrer selbst oder einer ihr unterstellten Ordnung macht. Ein Gesetzgebungsapparat ist nicht nur unmittelbar Organ der Ordnung, die durch seine Funktion geändert wird, sondern mittelbar auch jener, auf deren Bestimmung seine Funktion beruht. Letzten Endes muß die Zurechnung zu dieser höchsten, souveränen Ordnung gehen. Dies ist der tiefste Grund, weshalb es logisch unmöglich ist, zu sagen, das nichtsoveräne Gemeinwesen sei Staat, weil und sofern es sich „durch eigenen Willen“ selbst bestimmt. Es hat gar keinen „eigenen Willen“, weil keine nur ihm zuzurechnende Organe.

Damit erledigt sich auch die Behauptung, der nichtsoveräne Staat unterscheide sich von einer autonomen Provinz dadurch, daß nur der erstere sich in eine bestimmte Staatsform einordnen lasse, da er ein „nur ihm zugehöriges Herrschaftsorgan“<sup>1)</sup> habe. Denn das nichtsoveräne Gemeinwesen kann gar kein „nur ihm zugehöriges“ Organ haben, da die Zurechnung erst bei der letzten, nicht weiter ableitbaren, höchsten oder souveränen Ordnung Halt machen kann, die allein der Endpunkt der Zurechnung ist. Jeder frühere Punkt ist nur ein vorläufiger, ist im Grunde nur ein Durchgangspunkt, der für die normlogische Operation der Zurechnung kein absoluter Ruhe- und Schlußpunkt sein kann. Darin drückt sich ja die schließliche Einheit aus, in der die Gliedstaaten mit dem Oberstaate als Teilordnungen einer Gesamtordnung verbunden sind. jene Einheit, kraft deren allein die Gliedstaaten zusammen mit dem Oberstaat letzten Endes als ein Staat, als Bundesstaat erkannt werden<sup>2)</sup>.

### § 17.

Das „eigene“ Recht zum Zwang als Wesensmerkmal des nicht begriffsnotwendig souveränen Staates: eine Definition der souveränen Rechtsordnung.

Der für die Bestimmung des nichtsoveränen Staates in der herrschenden Lehre so bedeutungsvolle Begriff des „eigenen“ Rechtes oder des „eigenen“ Willens schließt die Vorstellung einer

<sup>1)</sup> JELLINEK, Staatslehre, S. 493.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des zehnten Kapitels.

Zurechnung in sich, deren logische Natur und Gesetzlichkeit der herrschenden Lehre nicht klar geworden ist. Auf dieser Unklarheit beruhen zahlreiche Irrtümer, in die sich die Theorie vom nichtsouveränen Staate verstrickt. Dies zeigt sich deutlich in der von LABAND<sup>1)</sup> versuchten Lösung', die für die neuere Staatsrechtslehre beispielgebend geworden ist und insbesondere auch die späteren JELLINEKschen Formulierungen sichtlich beeinflusst hat. LABAND sieht das Kriterium des Staates in dem „eigenen Herrschaftsrecht“<sup>2)</sup>. Nicht das „eigene Recht“ schlechtweg soll entscheidend sein; „eigene Rechte“ habe auch die Gemeinde; LABAND stimmt im Grunde der ROSINSchen Kritik zu, die zeigt, daß „eigenes“ Recht nichts anderes ist als das Recht, dessen Subjekt man ist. Auf das „eigene Herrschaftsrecht“ kommt es an. Ein „Recht“ soll also das Kriterium des Staates sein, ein Recht bestimmten Inhaltes, das dem Staate offenbar in der Art eines subjektiven Rechtes zustehen muß. LABAND betont ausdrücklich, daß das Attribut des „rechtlichen“, das er der den Staat charakterisierenden Herrschaft zuerkennt, eine „Hauptsache“ sei, und spricht auch von einer „rechtlich anerkannten“ Gewalt. Solche Vorstellung eines dem Staate als Subjekt zustehenden „Rechtes“ setzt natürlich eine objektive Rechtsordnung voraus, aus der das Recht abgeleitet wird, die das Recht dem Staate einräumt. Andernfalls müßte von der Tatsache, nicht aber von dem Rechte der Herrschaft die Rede sein. Unter Herrschaft versteht LABAND das „Recht, freien Personen Handlungen, Unterlassungen und Leistungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu zwingen“<sup>3)</sup>. Nun ist „Herrschaft“ an sich gewiß kein „Recht“, da es ja berechnigte und unberechnigte Herrschaft geben kann. Dann aber wäre — diese Definition der Herrschaft in die Begriffsbestimmung des Staates eingesetzt — dessen Wesen: das Recht auf ein Recht, was entschieden eine unlogische Verdoppelung bedeutet und die Unsicherheit dieser Begriffsbildung speziell in bezug auf das Verhältnis von Staat und Recht illustriert. Wie dem immer auch sei: Das Recht, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen, das nach LABAND nur dem Staate zusteht<sup>4)</sup>, kann dem Staate nur durch die Rechtsordnung verliehen sein. Allein es ist nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung dieses Recht — wie irgend ein anderes — auch andern Subjekten übertragen kann, etwa den Provinzialverbänden, den Gemeinden oder auch einzelnen physischen Personen. Gewiß, solche Personen mögen dann als „Organe“ der Rechtsordnung erscheinen.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 64 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 66.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 68.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 70.

sofern man nämlich die Rechtsordnung als einen Willen zum Zwang, als eine Zwangsordnung erkennt. LABAND gibt ohne weiteres zu, daß auch die Gemeinde „befugt“ sein kann, Zwang auszuüben, was doch wohl nichts anderes bedeutet, als daß die Gemeinde zum Zwang „berechtigt“ sein kann, ein „Recht“ haben kann zum Zwang. Wenn ROSIN unter der scheinbaren Zustimmung von LABAND treffend beweist, daß das „eigene“ Recht nichts anderes sei als das Recht, dessen Subjekt man ist, dann ist eigentlich nicht gut einzusehen, was die Gemeinde vom nichtsouveränen Staate unterscheidet: beide haben ein Recht — und somit ein eigenes Recht — zum Zwang. Nun behauptet aber LABAND, die Gemeinde sei, sofern sie zum Zwang befugt sei, nicht Subjekt eigenen Rechtes, sondern sie „handelt im Namen und Auftrag des Staates, in Stellvertretung oder kraft Delegation desselben“, der ihr seine Herrschermacht „überträgt“<sup>1)</sup>. Allein der Staat selbst kann doch — als ein der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt gedacht — sein „Recht“ nur von der Rechtsordnung übertragen haben, und im Grunde genommen ist es auch nur die Rechtsordnung, die der Gemeinde irgend ein Recht übertragen kann. Nicht der Eigentümer überträgt etwa durch Schenkung, das Eigentumsrecht an einer Sache einer anderen Person, sondern die Rechtsordnung knüpft an den Tatbestand der Schenkung die Rechtswirkung der Eigentumsübertragung: die Rechtsordnung ist es also eigentlich, die das Recht „überträgt“. Warum aber soll nun gerade der Staat das Zwangsrecht als ein „eigenes“ besitzen, nicht aber die Gemeinde? Das heißt aber nur: Warum kann die Zurechnung nicht bei der Gemeinde selbst Halt machen, sondern muß über sie hinaus gerade zum Staate als einem Endpunkt der Zurechnung gehen, so daß die Gemeinde nur als Stellvertreter, als Delegat oder Organ des Staates erscheint? Nur weil und sofern der Staat mit einer höchsten, letzten, nicht weiter ableitbaren, d. h. souveränen Ordnung identifiziert wird, sofern der Staat als die Personifikation der souveränen Rechtsordnung erscheint. Auch hier erweist sich, daß in dem Begriff des „eigenen“ Rechtes der Souveränitätsbegriff verborgen ist.

Wie könnte dem nichtsouveränen Gemeinwesen, über dem sich eine souveräne Ordnung erhebt, das „Zwangsrecht“ als „eigenes“ zugesprochen werden? Was LABAND von dem Verhältnis der Gemeinde zum „Staat“ sagt, das gleiche gilt von dem Verhältnis des sogenannten nichtsouveränen Staates zum übergeordneten souveränen! Den einzigen Unterschied, den LABAND zwischen nichtsouveränem

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 70.

Staat und Gemeinde angibt, das „eigene“ Herrschaftsrecht, beruht darauf, daß er die Zurechnung dieses Rechtes von der Gemeinde zum Staat ausschließlich auf Grund der normlogischen Unterordnung der ersteren unter den letzteren vornimmt und die Ordnung des nichtsouveränen Staates voraussetzungswidrig als höchste annimmt. Nichts steht im Wege, die Zurechnung des dem nichtsouveränen Staate zustehenden Herrschaftsrechtes bis zu derjenigen Ordnung fortzuführen, die dem nichtsouveränen Staate ganz ebenso übergeordnet ist wie der nichtsouveräne Staat der Gemeinde; und diese Ordnung ist dann tatsächlich ein Zurechnungsendpunkt, ihre Personifikation kann in Wahrheit als Subjekt eines „eigenen“ Herrschaftsrechtes gedacht werden, denn sie ist — und nur sie — auch nach der ausdrücklich anerkannten Voraussetzung LABANDS: die höchste, souveräne! Was LABAND gegen die Auffassung geltend macht, die den Gemeinden eigene Herrschaftsrechte zuspricht, da sie vielfach älter seien als der Staat, kann wörtlich für das Verhältnis des nichtsouveränen Staates zum übergeordneten souveränen angeführt werden: „Dies ist eine historische Betrachtung, aber keine juristische. Rechtlich bestehen alle Gemeinden nur durch den Willen des Staates. Der Staat gibt ihnen durch die Gemeindeordnung die rechtliche Existenz, die Verfassung, die Zuständigkeit, die Rechte und Pflichten und er kann einseitig alles dies durch eine Abänderung der Gemeindeordnung umgestalten“<sup>1)</sup>. Denn diese Charakteristik enthält nichts anderes als die normlogische Darstellung des Verhältnisses einer niederen, nichtsouveränen, zu einer übergeordneten, souveränen und mit Kompetenzhoheit begabten Ordnung.

Die LABANDsche Begriffsbestimmung des nichtsouveränen Staates — die so wie diejenige JELLINEKS in Wahrheit eine solche des souveränen ist — beruht auf der unbewußten Identifizierung des Staates mit der souveränen Rechtsordnung. Das allein rechtfertigt die Annahme eines Rechtes, das nicht auf eine Rechtsordnung zurückgeführt wird, eines „auf sich selbst beruhenden“ Rechtes, wie sich LABAND ausdrückt, um das „eigene“ Recht zu umschreiben. Es ist eben gar kein subjektives, sondern das objektive Recht selbst, das in der üblichen Personifikation hier auftritt. Das zeigt sich ja auch in dem Bemühen, den Rechtscharakter der Herrschaft möglichst stark zu betonen, so stark, daß es sogar zu der Konstruktion eines „Rechtes auf ein Recht“ kommt. Das zeigt sich aber am allerdeutlichsten, wenn man den Inhalt jenes „Rechtes“ untersucht.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 70.

das das Wesen des Staates ausmacht. „Herrschen“ heißt im Sinne LABANDS befehlen und die Befolgung der Befehle erzwingen. Doch läßt LABAND eigentlich das Befehlsmoment fallen und beschränkt sich ganz auf das Zwangsmoment. Staatliche Herrschaft ist Zwangsgewalt. Damit hat aber LABAND nichts anderes als das alte, in der herrschenden Lehre anerkannte spezifische Merkmal des Rechtes angegeben, jenes Moment, durch das es sich von der Moral unterscheidet: den Zwang. Das Recht ist eine Zwangsordnung<sup>1)</sup>. Und indem LABAND den Begriff des Staates zu bestimmen versucht, gibt er eine Begriffsbestimmung des Rechtes: denn das „eigene Herrschaftsrecht“ ist seinem einzig möglichen Sinne nach die souveräne Zwangsordnung. Damit hat LABAND (ebenso wie JELLINEK) unabsichtlich selbst den besten Beweis gegen die Möglichkeit des Begriffs des nichtsouveränen Staates erbracht. Und wenn er das Ergebnis seiner Beweisführung in die These zusammenfaßt<sup>2)</sup>: „Es ist eine willkürliche, haltlose, der Geschichte, dem Sprachgebrauche und dem wissenschaftlichen Begriff des Staates widersprechende Behauptung, daß es nichtsouveräne Staaten überhaupt nicht geben könne“, so ist nur noch zu bemerken, daß für den rechtswissenschaftlichen Begriff des Staates weder die Geschichte noch der Sprachgebrauch, sondern die Forderung bestimmend ist, daß er widerspruchslos gedacht werden könne. Das aber scheint für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung am meisten zu sprechen, daß nur, wenn man sie zugrunde legt, die Ergebnisse eines so scharfsinnigen und insbesondere die juristische Methode konsequenter als die meisten anderen beachtenden Schriftstellers, wie LABAND, ihren eigentlichen Sinn zu enthüllen scheinen, daß die hier vertretene Grundanschauung der juristischen Erkenntnis, die in der LABANDschen Konstruktion lebendig wird, ihre widerspruchslose Bedeutung gleichsam zu entreißen vermag.

### § 18.

#### Die Gebietshoheit als Wesensmerkmal des Staates.

Unter den verschiedenen Versuchen, den Begriff des nichtsouveränen Staates zu bestimmen, verdient auch derjenige be-

<sup>1)</sup> Zwang wird hier — wie nochmals betont sei — nur als Inhalt der Norm aufgefaßt. Recht ist die Norm, die die Bedingungen bestimmt, unter denen der Zwang geübt werden soll. In dieser Modifikation, die den Sollcharakter des Rechtes streng wahrt, steht die Zwangstheorie in einem prinzipiellen Gegensatz zu jener, die das Recht mit der Tatsächlichkeit irgend einer Zwangsübung identifiziert.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 74.



sondere Erwähnung, der das Wesen des Staates in der nur dieser Gebietskörperschaft zukommenden Gebietshoheit erblickt. Auf diese Konstruktion soll hier nicht etwa eingegangen werden, weil ihr in der neueren Literatur sonderliche Anerkennung zuteil wurde, denn sie hat keine merklichen Wirkungen ausgeübt. Es geschieht vielmehr nur deshalb, weil ihre Argumentation trotz des scheinbar von der herrschenden Lehre abweichenden Resultats dennoch den gleichen typischen Charakter aufweist, wie die von LABAND und JELLINEK vertretene Lehrmeinung, und weil sich an ihr ganz ebenso wie an den beiden anderen Theorien die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes in einer für das methodologische Problem charakteristischen Weise bewährt.

Ohne auf die in der modernen Staatsrechtswissenschaft arg verfallene Lehre von den Elementen des Staates im allgemeinen näher einzugehen, sei lediglich eine prinzipielle Bemerkung über die Stellung vorangeschickt, die dem als „Gebiet“ bezeichneten und üblicherweise als eines der drei Staatselemente geltenden Faktor vom Standpunkt einer normativen, juristischen Betrachtung zukommt. Daß das Staatsgebiet nicht als natürliche Tatsache in seiner geographischen Realität — selbst wenn es als solche überhaupt möglich wäre — juristischer Erkenntnis gegeben ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Als ein naturwissenschaftlich erfaßtes Stück der Erdoberfläche kann das Gebiet nur Element eines realen, wiederum nur naturwissenschaftlicher Betrachtung zugänglichen Gegenstandes sein, was eben der Staat, der Staat der Staatsrechtslehre und des Juristen nicht ist. Es ist leicht zu zeigen, daß die — im übrigen gänzlich unjuristische — Vorstellung vom Staatsgebiet als dem Raum, innerhalb dessen sich die als Staat bezeichneten Herrschaftsprozesse faktisch abspielen, gänzlich unhaltbar ist. Nicht bloß deshalb, weil man ja schon mit einem normativen Begriff des Staatsgebietes ausgerüstet an die „naturwissenschaftliche“ oder soziologische Untersuchung dieser Herrschaftsprozesse geht, also eigentlich schon voraussetzt, was man zu bestimmen vorgibt. Welche rein auf die Tatsächlichkeit gerichtete Betrachtung könnte einem die „Grenzen“ eines Staates zeigen? Auch nicht deshalb, weil es nicht bloß „staatliche“ Herrschaftsprozesse sind, die sich innerhalb dieses Raumes abspielen; vielmehr weil es insbesondere nicht allein die Herrschaft des eigenen Staates, sondern auch die des fremden Staates ist, die innerhalb dieses Raumes wirksam werden kann. Man muß dabei nicht einmal gleich an die Besetzung des eigenen Staatsgebietes durch die Armee eines feindlichen Staates denken. Die Faktizität sagt juristisch eben gar nichts.

Für eine normative Betrachtung, der sich der Staat als eine geltende Ordnung, als ein System von Normen darstellt, ist das Gebiet nichts anderes als ein Bestandteil seines Norminhaltes. Wie irgend wann, gilt die Norm auch irgend wo. Weil die Normen und insbesondere die Rechtsnormen menschliches Verhalten zum Inhalt haben, menschliches Verhalten aber in Zeit und Raum sich vollzieht, sind Zeit und Raum allgemeine Norminhalte. Das „Gebiet“ aber, als ein bestimmter, fest abgegrenzter Raumteil der Erdoberfläche, ist keine notwendige, sondern nur eine regelmäßige Geltungsbedingung der staatlichen Ordnung. „Regelmäßig“ in einem doppelten Sinne: So nämlich, daß keineswegs die ganze staatliche Ordnung ausnahmslos, d. h. jede einzelne Rechtsnorm in gleicher Weise für ein bestimmtes Gebiet Geltung beansprucht. Man setzt ja gewisse Normen der staatlichen Ordnung nicht bloß für das Staatsgebiet als gültig voraus. (Beispiele für Geltung der Staatsordnung außerhalb des engeren Staatsgebietes: Das Schiff auf offener See, der Staatsbürger im Ausland.) Sondern auch in dem Sinne, daß die Geltungsbeschränkung der staatlichen Ordnung auf ein bestimmtes Gebiet nicht ein wesentliches Merkmal des Staates ist. Anders freilich die herrschende Lehre, die den Staat nur als Gebietskörperschaft im Sinne der Herrschaftsorganisation eines sesshaften Volkes gelten lassen will. Nun könnte natürlich gegen eine Terminologie nichts eingewendet werden, die nur eine Ordnung als Staat bezeichnen will, deren Geltung, als auf ein bestimmtes, fest begrenztes Gebiet eingeschränkt ist. Man muß sich nur bewußt werden, daß damit ein inhaltliches Moment in den Begriff aufgenommen wurde und daß mit demselben Rechte irgend ein anderes inhaltliches Moment für den Begriff des Staates als maßgebend angesehen werden könnte. Wenn man sich heute weigert, eine souveräne Zwangsordnung als Staat zu bezeichnen, sofern ihre Geltung — etwa bei einem wandernden Volke — nicht notwendig auf einen bestimmt abgegrenzten Teil der Erdoberfläche beschränkt gedacht wird, dann könnte man aus denselben Gründen etwa die Anwendung des Staatsbegriffes, oder besser, des Staatsterminus, ablehnen, wenn der Inhalt dieser Zwangsordnung derart beschaffen ist, daß sie einen despotischen Charakter hat. Es kommt eben darauf an, das Gebiet als ein wandelbares, historisch bedingtes Element des Staates zu erkennen, einzusehen, daß all das Spezifische, dessentwegen wir einen besonderen, einzigartigen Begriff, den des Staates bilden, auch vorhanden ist, wenn die souveräne Zwangsordnung für ein in Wanderung begriffenes Volk gilt, daß das Element des Gebietes von den übrigen Begriffs-

merkmalen des Staates — die rein formalen Charakters sind — wesensverschieden, weil inhaltlicher Natur ist. Das Gebiet ist ebensowenig für den Staats- wie für den mit ihm identischen Rechtsbegriff spezifisch. Damit ist natürlich nur gesagt, daß die Geltungsbeschränkung auf ein bestimmtes, genau und dauernd umgrenztes Gebiet unwesentlich ist.

Nach der Durchschnittsvorstellung der Juristen ist der Staat eine Art seelisch-körperliche Realität, die einen bestimmten Raum ausfüllt. Dem gegenüber ist es ein doppelter Widerspruch oder doch zumindest eine Unklarheit, wenn man das als Staatsgebiet bezeichnete Element des Staates als Fläche, als einen Teil der Erdoberfläche ansieht<sup>1)</sup> und eine allseitige Begrenztheit des Gebietes für wesentlich hält. Konsequenterweise müßte man als Element des Staates — neben der Gewalt und dem Volk — einen dreidimensionalen Raum annehmen, der nur in der Horizontale, nicht aber in der Vertikale eine feste Begrenzung findet. Denn nach oben, in der Luft, und nach unten, dem Erdmittelpunkte zu, findet die staatliche Herrschaft nach üblicher Anschauung doch keine begriffswesentlichen Schranken. Ein um die Staatsrechtslehre so hochverdienter Schriftsteller wie FRICKER<sup>2)</sup> sagt ausdrücklich, „daß der Staat, soweit ihm eine äußere körperliche Existenz zukommt, in derselben Weise wie der Einzelne vom Boden mechanisch getragen werde“<sup>3)</sup>. Wäre der Staat ein Körper — etwa wie der Mensch — dann wäre die Erdoberfläche, auf der er aufruht, ebensowenig wesentlich für den Begriff des Staates wie für den des Menschen. Doch ist es recht müßig, solchen Irrwegen juristischer Erkenntnis nachzugehen. Auch die Frage kann hier aus dem Spiel bleiben, ob das Verhältnis zwischen Gebiet und Staat nach Art des Eigentumsrechtes, etwa in der Weise vorgestellt werden dürfe, daß dem Staat als Rechtssubjekt ein bestimmtes Gebiet als Sache „gehöre“, daß das Gebiet vom Staate beherrscht werde. FRICKER meint, „daß das Gebiet, wenn es ein Moment des Staatsbegriffs bildet, nicht vom Staate abgelöst und als Sache in eigener Objektivität dem Staate als der Person, dem Willensträger gegenüber gestellt werden kann. Hier

<sup>1)</sup> „Das Land, auf welchem der staatliche Verband sich erhebt“ nennt JELLINEK das Staatsgebiet (Staatslehre S. 394).

<sup>2)</sup> „Gebiet und Gebietshoheit“ in den Festgaben für SCHÄFFLE, 1901, S. 31.

<sup>3)</sup> Vgl. dazu die für den Stand der Rechtswissenschaft überaus charakteristische Polemik FRICKERS mit HEILBORN, System des Völkerrechts, 1896, S. 5 ff. In diesem Streit dreht es sich unter anderem um die Frage, ob man den Staat — so wie einen Menschen — sehen könne. FRICKER bejaht das entschieden. a. a. O. S. 31 ff.

hört die Analogie mit dem Eigentum vollständig auf“<sup>1)</sup>. FRICKER will das Gebiet ausschließlich als den „Raum des Staates“ gelten lassen, ihm ist „das Gebiet der Staat selbst in seiner räumlichen Erscheinung“<sup>2)</sup>. Allein es findet sich auch bei ihm keine klare Unterscheidung zwischen der den Staatskörper stützenden Erdoberfläche und dem vom Staatskörper erfüllten Raum. Doch stellt er unzweideutig fest, daß innerhalb ein und desselben Raumes nur ein Staat existieren könne. Der Staat sei undurchdringlich. Daß der Staat innerhalb seines Gebietes ausschließlich herrsche, sei ein Ausfluß seiner Gebietshoheit<sup>3)</sup>. In diesem Punkte stimmt die ganze herrschende Lehre mit FRICKER überein, dessen extreme — freilich nur konsequente — organologische Anschauung nicht immer Anklang findet. So sagt JELLINEK, gestützt auf FRICKER: „Darum können auf demselben Gebiete unzählige Körperschaften existieren, aber nur ein einziger Staat. Auf dieser Eigenschaft des Gebietes als Moment des Staatssubjektes beruht die Undurchdringlichkeit des Staates“<sup>4)</sup>. In der Anwendung des physikalischen Prinzips der Undurchdringlichkeit der Körper auf den Staat soll gewiß nur ein Bild, eine Analogie gebraucht sein (obgleich mehr als eine bloße Analogie angenommen werden könnte, wenn man mit FRICKER dem Staat Körperlichkeit zuspricht!). Allein was bedeutet dieses Bild? „Auf einem und demselben Territorium kann nur ein Staat seine Macht entfalten“<sup>5)</sup>. Im Sinne der Faktizität kann das natürlich nicht verstanden sein. Denn faktisch entfalten sehr häufig zwei Staaten auf ein und demselben Gebiete ihre Macht. Man denke etwa an ein Schlachtfeld, auf dem die Armeen zweier feindlicher Staaten aufeinanderstoßen, z. B. die amerikanischen und deutschen Truppen in Frankreich. Nur normativ kann die Rede sein von einer Ausschließlichkeit der Geltung der Ordnung eines Staates. Und diese Ausschließlichkeit besteht nicht gerade nur in räumlicher, sondern in zeitlicher, und in jeder sachlichen Beziehung. Ausschließlich gilt die staatliche Ordnung ihrem eigenen Sinne nach nicht nur räumlich, sondern auch in der Zeit, indem gleichzeitig nicht

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 17.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 8, 9.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 51.

<sup>4)</sup> Staatslehre S. 396. Vgl. auch FRICKER, Vom Staatsgebiet, Tübingen 1867, S. 17. Gerade in dieser seiner ersten Schrift zum Gebietsproblem war FRICKER der juristischen Lösung viel näher. Zwar spricht er auch hier von einer „räumlichen Undurchdringlichkeit“ des Staates. Allein er deutet diese Räumlichkeit dahin: „Es kann an irgend einem Punkte der Erde nur eine einzige einheitliche Rechtsordnung etabliert sein“.

<sup>5)</sup> JELLINEK, a. a. O. S. 396.

zwei staatliche Ordnungen neben einander gelten können, und auch in dem Sinne, daß nicht die einen Angelegenheiten, (nur ein Teil des menschlichen Verhaltens) von der einen, andere Angelegenheiten, (der andere Teil des menschlichen Verhaltens) von einer anderen Staatsordnung geregelt werden können. Dies ergibt sich aus der notwendigen Einheit des Systems, das die Normen der staatlichen Rechtsordnung darstellen. Darum ist es ein Irrtum, die Ausschließlichkeit der staatlichen „Herrschaft“ als eine Folge des Gebiets-elementes anzusehen. Die Ausschließlichkeit — auch in räumlicher Hinsicht — ist vielmehr eine Konsequenz der Systems-Einheit. Die besondere Beziehung auf den Raum ist auf eine räumlich-körperliche Vorstellung des Staates zurückzuführen.

Ausschließlich ist die Geltung der staatlichen Ordnung aber nur, wenn diese als höchste, nicht weiter ableitbare, als souverän vorausgesetzt wird. Wird eine über der staatlichen Ordnung stehende Ordnung als gültig vorausgesetzt, dann „herrscht“ — dort, wo der betreffende Staat existiert, um die räumliche Anschauung zu Hilfe zu nehmen — auch diese höhere Ordnung; ja, streng genommen, nur diese höhere Ordnung als höchste, denn die staatliche Ordnung holt ihre Geltung aus dieser ihr übergeordneten, daher sie delegierenden Ordnung. Die Behauptung, daß innerhalb eines und desselben Gebietes nur ein Staat existieren könne, setzt die Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates voraus. Durchaus konsequent, wenn auch nicht sehr präzise erklärt FRICKER den Staat für die „höchste“ „Form der Koexistenz von Menschen“ und betont vom Bundesstaat, daß er „nur in seiner Gesamterscheinung, also mit Einschluß der Gliedstaaten und ihrer Aufgabe, eine allgemeine Form der Koexistenz von Menschen“ darstelle<sup>1)</sup>. Dagegen gerät JELLINEK — und mit ihm die ganze herrschende Lehre — in einen offenkundigen Widerspruch, wenn er mit der Behauptung, auf demselben Gebiete könne nur ein einziger Staat existieren, die „Undurchdringlichkeit“ als ein wesentliches Merkmal des Staates aufstellt, dennoch aber die Souveränität als wesentliches Merkmal leugnet und daher im Bundesstaat auf jedem Teilgebiete zwei Staaten: den Oberstaat und den Gliedstaat als existent annehmen muß<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Gebiet und Gebietshoheit S. 58.

<sup>2)</sup> JELLINEK meint: Da „der Gliedstaat im Verbande des ihn beherrschenden Bundesstaates stehe“, so widerspreche ein solches Verhältnis der behaupteten Undurchdringlichkeit des Staates „so wenig wie die Qualität der Gemeinden als Gebietskörperschaften“. (a. a. O. S. 397.) Ja aber die Gemeinde ist kein Staat, in der Gemeinde ist eben nur der Staat existent, dessen Organ sie ist!

Die Ausschließlichkeit der staatlichen Rechtsordnung als Ausdruck ihrer Souveränität bedeutet nicht nur, daß innerhalb eines bestimmt abgegrenzten Territoriums allein der diese Ordnung personifizierende Staat „herrsche“, sondern auch, daß überhaupt nur diese Ordnung als gültig vorausgesetzt sei. Nimmt man mehrere in ihrer territorialen Geltung gegeneinander abgegrenzte Staaten nebeneinander an, dann ist eine Ordnung denknotwendig, die diese gegenseitige Abgrenzung vornimmt, und daher über den einzelstaatlichen Ordnungen vorgestellt werden muß: das Völkerrecht. Dann aber „herrscht“ oder existiert auf dem Staatsgebiete nicht mehr allein die als „Staat“ bezeichnete Gemeinschaft, sondern — zumindest — auch die durch das Völkerrecht konstituierte Gemeinschaft. Der Einzelstaat kann nicht mehr als „undurchdringlich“ bezeichnet werden. Welche weiteren Konsequenzen aus dieser Konstruktion zu ziehen sind, wird im zweiten Teile dieser Untersuchungen zu erörtern sein <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu unten § 43. Hier sei nur noch das Folgende bemerkt: Die Problematik des Raumelementes im Begriff des Staates zeigt sich insbesondere auch für eine Soziologie, die den Staat als soziales Gebilde nur psychologisch begreifen will, wie dies speziell SIMMEL in seiner „Soziologie“ (1903) auf Grundlage der psychischen „Wechselwirkung“ versucht. Ist der Staat etwas Psychisches, weil ein Fall psychischer Wechselwirkung, ist es richtig, „daß alle gesellschaftlichen Vorgänge . . . ihren Sitz in Seelen haben, daß Vergesellschaftung ein psychisches Phänomen ist, und daß es zu ihrer fundamentalen Tatsache, daß eine Mehrheit von Elementen zu einer Einheit wird — in der Welt des Körperlichen nicht einmal eine Analogie gibt, da in dieser alles in das unüberwindliche Auseinander des Raumes gehannt bleibt“ (a. a. O. S. 21), dann kann der Staat — wie alle gesellschaftlichen Gebilde — als etwas rein Seelisches nicht raumfüllend vorgestellt werden. Dennoch spricht SIMMEL dem Staate Räumlichkeit zu. Er nennt ihn ein gesellschaftliches Gebilde, das „mit einer besonderen Bodenausdehnung verschmolzen oder sozusagen solidarisch ist“. Ja, er bezeichnet den Staat geradezu als den einzigen vollendeten Typus von gesellschaftlichen Verbindungen, die sich nur so „verwirklichen, daß innerhalb des Raumgebietes, das von einem ihrer Exemplare erfüllt wird, für kein zweites Platz ist“ (a. a. O. S. 617/18). Und er behauptet, daß die Vorstellung des Staates als eines alles beherrschenden, einzigartigen Verbandes gerade „in Rücksicht auf den Raumcharakter des Staates“ gelte, dem er in dieser Hinsicht die Kirche als „unräumlich und deshalb, obgleich über jeden Raum sich erstreckend, von keinem ein gleichgeformtes Gebilde ausschließend“ gegenüberstellt (a. a. O. 619). — Nur als ein sehr anschauliches Bild kann diese Vorstellung des Staates als eines einen bestimmten Raum ganz und ausschließlich erfüllenden Wesens stehen bleiben. Andernfalls wäre ja der Staat ein Körper. Allein auch ein Seelisches ist er nicht im Sinne eines seelischen Prozesses. Zur Staats-Seele gehört auch ein Staats-Körper! Und niemand hat die soziale Geister- und Gespensterlehre besser bloßgestellt, als gerade SIMMEL. (Vgl. insbesondere a. a. O. S. 557). Der

## § 19.

Die Fähigkeit des Staates, sich selbst wesentlich zu ändern: gleichfalls eine Bestimmung der souveränen Rechtsordnung.

Wenn PREUSS die Gebietshoheit als das wesentliche Kriterium des Staates bezeichnet, so versteht er darunter dessen rechtliche Fähigkeit, „sich selbst wesentlich zu verändern, bzw. aufzulösen“<sup>1)</sup>. Diese Bestimmung scheint zunächst mit dem Gebiete nichts zu tun zu haben. Denn sich selbst wesentlich verändern könnte auch eine „Körperschaft“ oder Ordnung, die nicht auf ein Gebiet beschränkt ist. Auch bedeutet die Möglichkeit einer Ordnung, die Bedingungen ihrer Geltung und Abänderung selbst zu bestimmen, so viel wie Kompetenzhoheit und in diesem Sinne käme die PREUSSsche Definition darauf hinaus, daß der Staat eine mit Kompetenzhoheit begabte (also wie früher bewiesen, notwendig souveräne!) Ordnung sein müsse. Zu seiner eigenartigen Bestimmung der Gebietshoheit gelangt PREUSS von besonderen, allerdings irrigen Voraussetzungen. Er nimmt nämlich an, daß jede Gebietsänderung und nur eine Gebietsänderung eine wesentliche Aenderung der sogenannten

Staat ist ein geistiger Inhalt, eine ideelle Ordnung, eine Ideologie. Was das Bild, in dem der Staat mit einem alle anderen ausschließenden Körper verglichen wird, bedeutet, ist oben zu sagen versucht worden. Daß innerhalb des Geltungsbereiches eines Staates kein anderer Staat bestehen kann, dieses Undurchdringlichkeitsgesetz bedeutet, daß immer nur ein System denkbar ist, daß gleichzeitig nicht zwei voneinander unabhängige Norm-Systeme als gültig vorausgesetzt werden können. Diese normative oder, wenn man will, erkenntnistheoretische Tatsache verbirgt sich hinter dem „soziologischen“ Resultate SIMMELS. Nur nebenbei sei bemerkt, daß sich das als „Kirche“ bezeichnete Normensystem oder „soziale Gebilde“ gerade in Bezug auf seinen „Raumcharakter“ nicht wesentlich vom Staate unterscheidet. Auch die Kirche wird als souverän vorausgesetzt und für die Theologie ist ihre jeweilige Kirche mit einer anderen Kirche ebenso unvereinbar wie für den Juristen sein souveräner Staat mit einem anderen Staate. Nur daß die Kirche — nach SIMMEL „unräumlich“ und doch „über jeden Raum sich erstreckend“ — nicht für einen bestimmt abgegrenzten Raum Geltung beansprucht, während der Staat, sofern man ihn mit Hilfe des Völkerrechts neben anderen Staaten, diesen gleichgeordnet vorstellt, seinen Geltungsanspruch auf ein bestimmtes Gebiet beschränken muß. Wie es dann freilich mit der Souveränität und dementsprechend auch mit der Undurchdringlichkeit, Ausschließlichkeit bestellt ist, ist eine andere Frage. Jedenfalls scheint gerade die „Undurchdringlichkeit“ der Kirche, als einer universalen und absolut höchsten Ordnung sicherer zu stehen als die des dem Völkerrecht unterworfenen Staates.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 406.

Gebietskörperschaften, insbesondere des Staates sei<sup>1)</sup>. Nun bleibe dahingestellt, ob etwa die Aenderung einer Verfassung aus einer absoluten in eine parlamentarische Monarchie eine unwesentliche, die kleinste Gebietsausdehnung jedoch — bei sonst gleichbleibender Verfassung — eine „wesentliche“ Aenderung des Staates bedeutet. Es würde sich eben fragen, was überhaupt unter einer wesentlichen Veränderung zu verstehen wäre, und da zeigt sich, daß dies je nach dem politischen, also außerrechtlichen Standpunkte, den man zu der staatlichen Ordnung einnimmt, verschieden sein muß. Vom rechtlichen Standpunkte gibt es keine Wertdifferenz zwischen den möglichen Veränderungen, die eine staatliche Ordnung bei Aufrechterhaltung ihrer Identität durchmachen kann. Vom juristischen Standpunkte könnte als wesentlich nur eine solche Veränderung angesehen werden, die eine Unterbrechung der Identität des Gemeinwesens, d. h. der Rechtsordnung, somit, streng genommen: deren Auflösung, Vernichtung bedeutet. Jede andere Veränderung muß notwendig als unwesentlich erkannt werden.

Die Anschauung, daß eine Gebietsänderung eine „wesentliche“ Aenderung der Gebietskörperschaft bedeutet, geht letztlich auf die realistisch-naturwissenschaftliche Vorstellung zurück, die PREUSS als Anhänger der organischen Theorie GIERKES von dem Wesen des Staates hat; er denkt sich den Staat — oder glaubt doch, sich ihn denken zu können — als reale Einheit der Menschen, irgendwie organisch verbunden mit einem Stück Erde. Konsequenterweise müßte er auch jede Veränderung innerhalb der den Staat bildenden Menschen, jeden Zuwachs oder Wegfall durch Tod, Geburt, Eroberung usw. als „wesentliche“ Veränderung gelten lassen. Was er dagegen anführt: „die Zahl der Angehörigen (des Staates) ist eine prinzipiell offene, die Ausdehnung des Gebietes eine prinzipiell geschlossene“<sup>2)</sup>, ist unrichtig, denn der Gebietsumfang ist ebenso veränderlich, prinzipiell veränderlich wie die Zahl und Individualität der Angehörigen einer Gebietskörperschaft.

Wenn man erkannt hat, daß die einzig „wesentliche“ Veränderung einer „Gebietskörperschaft“ diejenige ist, die ihre Indivi-

---

<sup>1)</sup> „Jede Veränderung des Gebietes ist eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst.“ „Die Veränderung des Gebietes ist nicht nur eine wesentliche Aenderung der Gebietskörperschaft selbst; sie ist auch die einzig mögliche Art einer wesentlichen Veränderung derselben.“ a. a. O. S. 396 ff. Zu dieser Aufstellung gelangt PREUSS gestützt auf die Theorie FRICKERS, daß das Gebiet einen Wesensbestandteil des Staates als Subjektes darstelle.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 398.



lualität ändert, oder richtiger: beendet, so zeigt sich, daß PREUSS die Gebietsänderung nicht als „wesentlich“ nachweisen kann, wenn er ausdrücklich betont, daß die Identität der Gebietskörperschaft durch Gebietsänderung nicht unterbrochen werde<sup>1)</sup>. Trotzdem scheint er die Beendigung der Identität der Gebietskörperschaft oder ihre Auflösung für eine wesentliche Veränderung zu halten. Denn er definiert Gebietshoheit als Fähigkeit einer Gebietskörperschaft, sich selbst wesentlich zu verändern, und fügt in Klammer hinzu: bzw. aufzulösen. „Auflösung“ ist im Sinne PREUSS' der Verlust des ganzen Gebietes. Allein warum sollte eine „Auflösung“ nicht auch dadurch denkbar sein, daß eine Ordnung im Wege einer von ihr selbst veranlaßten Aenderung die Beendigung ihrer Geltung ausspricht, warum sollte nicht die Geltung einer Rechtsordnung zeitlich beschränkt sein können? Nur die Denkmöglichkeit, nicht die faktische Wahrscheinlichkeit steht ja in Frage, und diese ist auch für den Fall einer Selbstauflösung durch Gebietsverzicht (jeder andere Verlust wäre ja keine Selbstauflösung) gleich Null. Der Beschluß eines Gesetzgebungsorgans, daß die von ihm abänderbare Ordnung nirgends zu gelten habe, ist ebenso unwahrscheinlich wie jener, daß sie nicht mehr gelten solle!

Nicht die Fähigkeit einer wesentlichen Veränderung überhaupt ist es, wodurch PREUSS den Staat von der Gemeinde unterscheidet, sondern die Fähigkeit sich selbst wesentlich zu verändern. Darin liegt ja gerade die Gebietshoheit, die nur dem Staat, nicht der Gemeinde zukommen soll. Im Grunde ist es das gleiche Kriterium wie das LABAND-JELLINEKSche „eigene Recht“. Und genau so wie in den beiden anderen Fällen zeigt nähere Betrachtung, daß es sich dabei nur um das schlecht verhüllte Merkmal der Souveränität handelt. Auffällig genug, daß die PREUSSsche Formulierung fast ganz übereinstimmt mit der JELLINEKSchen Begriffsbestimmung der Souveränität: Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung. Selbstbestimmung kann ja doch nichts anderes sein als die PREUSSsche Selbstveränderung; zumindest ist das letztere nur ein Spezialfall des

<sup>1)</sup> PREUSS sagt a. a. O. S. 398 f.: „Ist jede Gebietsveränderung, und zwar nur eine solche, eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst, so entsteht die Frage, ob demgemäß die wesentlich veränderte Körperschaft auch eine andere, ein völlig fremdes Rechtssubjekt und daher nur Rechtsnachfolger des früheren ist. Sofern es sich nicht um Verlust des ganzen Gebietes, bzw. um Ausscheidung einer völlig neuen Gebietseinheit handelt, ist diese Frage zu verneinen“. Von einer Verfassungsänderung meint er, sie sei „nur eine Veränderung der Organe, nicht der Körperschaft selbst“ (S. 397). Sollte eine Körperschaft ohne Organe leichter denkbar sein als ohne Gebiet?

ersteren. Dann aber bedient sich PREUSS durchaus der gleichen Argumentation wie LABAND und JELLINEK, wenn er der Gemeinde die Fähigkeit der Selbstveränderung aberkennt. Es ist natürlich ohne weiteres denkbar, daß die Gemeindeverfassung die Möglichkeit einer Gebietsänderung durch Beschluß der Gemeindeorgane — etwa Vereinigung zweier Gemeindegebiete oder Abtretung eines Teiles von einer an eine andere Gemeinde durch übereinstimmenden Beschluß zweier Gemeinden — enthält. Warum haben diese Gemeinden nicht die rechtliche Fähigkeit, sich selbst im Sinne PREUSS' „wesentlich“ zu verändern? PREUSS sagt — anläßlich der Beurteilung dieser Rechtslage nach der preußischen Städteordnung — die Gemeinde (oder der Bezirksausschuß) handle hier als Organ des Staates<sup>1)</sup>. Richtig! Aber warum erfolgt die Zurechnung über die Gemeindeordnung hinaus zum Staate, zur Person der Rechtsordnung? Weil eben die Gemeindeordnung der staatlichen Rechtsordnung unterstellt, aus ihr abgeleitet, delegiert, weil die Gemeinde in den Staat „eingegliedert“ ist! Darum und nur darum muß die Gemeinde als „Organ“ des Staates angesehen werden. PREUSS kann schlechterdings keinerlei zureichenden Grund dafür angeben, warum er im Verhältnis der sogenannten Gliedstaaten zu dem ihnen übergeordneten Reiche auf die Zurechnung zu der höheren Ordnung, der rechtlich übergeordneten Persönlichkeit verzichtet. Warum waren die deutschen „Gliederstaaten“ bei Vornahme von Gebietsänderungen nicht Organe des Reiches? Nur sofern man die Einzelstaaten in dieser Richtung als letzte, höchste, d. h. als souveräne Ordnungen voraussetzt — und das ist nur möglich, wenn man zu der allgemeinen Voraussetzung in Widerspruch gerät, derzufolge das Reich den „Gliederstaaten“ übergeordnet ist — kann man ihnen im Sinne PREUSS' Gebietshoheit zusprechen<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 407.

<sup>2)</sup> PREUSS führt aus: „Völlig anders (als bei den Gemeinden) ist die rechtliche Lage der deutschen Gliedstaaten in dieser Beziehung. Gebietsveränderungen zwischen deutschen Gliedstaaten erfolgen ausschließlich durch den Willen dieser Staaten selbst; weder bedarf es zu einer solchen Gebietsveränderung der Zustimmung des Reiches, noch ist das Reich befugt eine solche Veränderung vorzunehmen“. Darum den Ländern eine Gebietshoheit zuzusprechen und sie in dieser Funktion nicht als Organe des Reiches gelten zu lassen, bedeutet: ein autonomes Organ des Staates wegen seiner — ihm vom Staate „eingeräumten“ — Autonomie nicht als Organ des Staates gelten zu lassen. Eine mehr oder weniger weitgehende Selbstbestimmung des Gebietes, als des Geltungsgebietes einer Teilordnung, ist nur ein Ausfluß der Autonomie. „Gebiet“ ist ein Inhaltsbestandteil. Autonomie heißt: den Inhalt der Teil-Ordnung „selbst“ bestimmen.

Nun wäre es sogar denkbar, wenn auch nicht wahrscheinlich, daß den Gliedstaaten eines Bundesstaates in ihrer Verfassung die Möglichkeit eingeräumt ist (natürlich nur vom Reich), über ihr Gebiet völlig frei zu verfügen. Man könnte hier vielleicht ohne allzu grobe Fehler von einer materiellen, uneigentlichen Gebietshoheit sprechen. Uneigentlich, denn es änderte natürlich gar nichts an der Notwendigkeit, die Gliedstaaten in Ausübung einer solchen ihnen vom Reich eingeräumten Aenderung als Organe des Reiches anzusehen. In der Organvorstellung kommt ja nur das allgemeine Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck, in dem die Ordnung des sogenannten Gliedstaates zur Bundesordnung steht. Man könnte äußerstenfalls die schon früher erwähnte Unterscheidung machen und den Gliedstaat oder dessen Organ als mittelbares Bundesorgan bezeichnen. Doch muß der bloß vorläufige Charakter dieses Behelfes stets bewußt bleiben.

Die deutschen Gliedstaaten aber hatten nicht einmal diese materielle Gebietshoheit. Denn zu einer Gebietsänderung, die zugleich eine Aenderung des Reichsgebietes ist, waren sie nicht kompetent. „Selbstverständlich“, sagt PREUSS<sup>1)</sup>, und ist sich dabei nicht bewußt, daß von Gebietshoheit ebensowenig die Rede sein kann, wenn eine höhere Ordnung über derjenigen steht, deren Kompetenz in Frage kommt, wie wenn nicht jede das Gebiet betreffende Aenderung in die fragliche Kompetenz fällt. Die PREUSSISCHE Gebietshoheit ist in Wahrheit Kompetenzhoheit und setzt stillschweigend Souveränität voraus. So bleibt denn auch bei jenem Autor, der den Begriff der Souveränität aus der Staatsrechtslehre gänzlich eliminieren wollte, als das entscheidende Kriterium des Staates jenes Merkmal, das den Staat insbesondere gegenüber der Gemeinde charakterisieren und da-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 410. Die neue deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919 bestimmt im Art. 2: „Das Reichsgebiet besteht aus den Gebieten der deutschen Länder. Andere Gebiete können durch Reichsgesetz in das Reich aufgenommen werden, wenn es ihre Bevölkerung kraft des Selbstbestimmungsrechtes begehrt. Und Art. 18: „... Die Aenderung des Gebietes von Ländern und die Neubildung von Ländern innerhalb des Reiches erfolgt durch verfassungsänderndes Reichsgesetz. Stimmen die unmittelbar beteiligten Länder zu, so bedarf es nur eines einfachen Reichsgesetzes. Ein einfaches Reichsgesetz genügt ferner, wenn eines der beteiligten Länder nicht zustimmt, die Gebietsänderung oder Neubildung aber durch den Willen der Bevölkerung gefordert wird und ein überwiegendes Reichsinteresse sie erheischt.“ Also in allen Fällen ein Reichsgesetz. Dennoch wird noch immer von einer Gebietshoheit der Länder gesprochen. So von STIER-SOMLO. Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Bonn, 1919. S. 103.

bei die Möglichkeit eines aus Staaten zusammengesetzten Bundesstaates offen lassen soll: die Souveränität<sup>1)</sup>!

Und auch sonst — nicht nur bei PREUSS — erscheint die Gebiets-„Hoheit“ wie jedes andere staatliche „Hoheits“-Recht nur als eine inhaltliche Spezifikation der als höchste Gewalt vorausgesetzten Staatsgewalt. Infolgedessen gilt von der Gebietshoheit dasselbe, was von der Souveränität überhaupt zu sagen ist: Es kann keine geteilte, beschränkte, halbe Gebietshoheit geben, so wie es keine geteilte, halbe, beschränkte Souveränität gibt. Und ebenso wie die Unterscheidung zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Souveränität ist die analoge (nur aus der Identität von Souveränität und „Hoheit“ erklärliche) Theorie von einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gebietshoheit undurchführbar<sup>2)</sup>. Daß viele Vertreter der herrschenden Lehre die Möglichkeit einer geteilten Souveränität energisch ablehnen, aber ohne weiteres im Bundesstaate sowohl dem Oberstaate als auch den Gliedstaaten Gebietshoheit zuerkennen<sup>3)</sup>, ist bezeichnend genug.

## § 20.

Der Zweck als wesentliches Kriterium des Staates: Realisierung der Interessen des Gesamtvolkes: nur wenn der Staat als souveräne Ordnung vorausgesetzt wird.

Schließlich soll noch jener Theorie Erwähnung getan werden, die das Wesen des nichtsoveränen Staates und seinen Unterschied von der Gemeinde in seinem spezifischen Zwecke nachzuweisen versucht. Es handelt sich dabei nur um einen besonderen Anwendungsfall einer seit IHERING in der Rechtswissenschaft stark verbreiteten Methode der Begriffsbildung; und hauptsächlich ihrer allgemeinen Bedeutung wegen sei von ihr hier die Rede.

Ohne auf die prinzipielle Frage einzugehen, ob der Zweck überhaupt ein Element der Rechtsbegriffe sein kann, sei lediglich fest-

<sup>1)</sup> Daß die Gebietshoheit juristisch nichts anderes bedeute als „örtliche Kompetenz“, d. h. den räumliche Geltungsbereich der staatlichen Ordnung, behauptet RADNITZKY, Die rechtliche Natur des Staatsgebietes. Archiv für öffentliches Recht, XX. Bd., S. 313 ff. Dem ist mit der einen Einschränkung zuzustimmen, daß mit dem Begriffe der örtlichen Kompetenz nur der Begriff des Gebietes zusammenfällt. Die Gebiets-Hoheit ist gleichbedeutend mit der Kompetenz-Hoheit in bezug auf die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu FRICKER, Vom Staatsgebiet, S. 5 und PREUSS a. a. O. S. 274.

<sup>3)</sup> Z. B. LABAND (Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd., S. 64 u. S. 195), der zwar die Souveränität ausschließlich dem Reiche, die Gebietshoheit aber sowohl dem Reiche als den Gliedstaaten zuspricht

gestellt, daß es unzulässig ist, das Wesen des Staates — als Rechtsbegriff — in dessen Zweck zu erblicken, wenn man unter „Zweck“ einen anderen als den immanenten Rechtszweck versteht. Gerade der metajuristische Zweck ist es aber, den man im Auge hat, wenn man von Zweck im Recht spricht. Dies ist in der neueren Literatur auch schon betont worden: insbesondere hat LABAND, dessen juristische Intuition ihn weit über den Durchschnitt der heutigen Rechtsgelehrten stellt, gegen diese teleologische Begriffs konstruktion Stellung genommen. Freilich ohne tiefere Begründung.

Fragt man sich nun, weshalb es ein methodischer Fehler ist, einen Rechtsbegriff und speziell den des Staates nach seinem Zwecke zu bestimmen, so zeigt tieferschürfende Untersuchung das unerwartete Ergebnis: weil solche Anschauung mit der Souveränität des Rechtes, bzw. der als Staat bezeichneten Rechtsordnung in Widerspruch steht! Es ist mit irgend einem speziellen Rechtsbegriff genau so wie mit dem allgemeinen Begriffe des Rechtes oder Staates überhaupt. Wer etwa meint, das Eigentum sei eine Institution zur Ausbeutung der Besitzlosen, und darunter nicht etwa nur die (häufig in teleologischer Terminologie ausgedrückte) Wirkung versteht, die die faktische Realisierung der Eigentumsvorschriften nach sich zieht, sondern den Zweck im eigentlichen Sinne, der unterstellt die Eigentumsordnung — einen Bestandteil der gesamten Rechtsordnung — einer höheren, sei es wirtschaftlichen oder moralischen Ordnung, die dem Eigentum einen Platz in ihrem System zuweist. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Stellung eine positive oder negative ist, ob das Eigentum in diesem System der Werte — und jede Ordnung ist ein System von Werten — ein positives oder negatives Vorzeichen trägt, ob es zum letzten und allgemeinsten Zweck dieser Ordnung — und jede Ordnung ist ein Zwecksystem — als geeignetes oder ungeeignetes, als gutes oder schlechtes Mittel, als Zweckerfüllung oder Zweckvereitelung zu erkennen ist. Diese — positive oder negative — Bewertung, die in der Feststellung des Zwecks ruht, ist nur möglich, wenn das Rechtsinstitut, wenn dieser Teil der Rechtsordnung einer höheren Ordnung unterworfen gedacht, an einer höheren Ordnung gemessen wird. Die Ablehnung des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung bedeutet gar nichts anderes als die Weigerung, die Rechtsordnung als unter einem anderen als der Rechtsordnung selbst immanenten Zweck, unter einem außer ihr, über ihr liegenden Zweck oder einer ihr übergeordneten Ordnung stehend zu denken. Wer geltend macht: Das Wesen des Eigentums sei juristisch nicht aus irgendeinem seiner Zwecke zu erkennen, denn das Eigentum sei juristisch Selbst-

zweck, wenn es auch wirtschaftlich oder politisch-moralisch einen über sich selbst hinaus weisenden Zweck haben könne, der bringt damit nur die Unabhängigkeit des Rechtes gegenüber der Wirtschaftsordnung, der Moral oder Politik, die Selbständigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber Oekonomie, Ethik und Politik zum Ausdruck, der beruft sich auf die Souveränität der Rechtsordnung.

Noch viel deutlicher zeigt sich dies, wenn der Begriff des Rechtes als solcher, der Begriff des Staates in Frage steht. Wie anders kann überhaupt die Vorstellung von einem Zweck des Staates zustandekommen als so, daß man sich den Staat eingespannt denkt in eine höhere Ordnung. Der Staat als Mittel steht notwendig unter dem behaupteten Zweck. Und je nach der Art der Ordnung, innerhalb deren man die Stelle des Staates zu bestimmen versucht — und solcher Ordnungen sind natürlich sehr verschiedene denkbar — ist die Antwort auf die Frage verschieden, welchen Zweck der Staat eigentlich habe. Die Anschauung: Der Staat habe keinen Zweck, oder die gleichbedeutende, er sei Selbstzweck, besagt nichts anderes als: Der Staat ist selbst eine höchste, letzte Ordnung, ein letzter, höchster Zweck, ein oberster Wert, der Staat ist souverän.

ROSIN hat den Versuch gemacht, den Staat durch die „Aufgabe“ zu charakterisieren, „die nationalen, dem Gesamtvolke als natürlicher Gemeinschaft eigenen Interessen zu realisieren“<sup>1)</sup>. Soferne er dem Staate eine „Aufgabe“ setzt, stellt er ihn in den Dienst eines über ihn hinausreichenden Ideals, und zwar ist dies — darin liegt natürlich nur ein persönliches Bekenntnis — die Nation. Bei dieser Anschauung ist nicht so sehr die Konsequenz auffällig, daß ein Nationalitätenstaat, ein übernationaler Staat gar nicht denkbar wäre, als vielmehr dies, daß dabei das gerade Gegenteil dessen bewiesen wird, was ROSIN beweisen wollte. Es war ihm darum zu tun, den Staatscharakter der nichtsouveränen sogenannten Gliedstaaten des Deutschen Reiches sicherzustellen. Allein nur beim Reich trifft bestenfalls zu, was er als Wesen des Staates behauptet: das nationale Interesse als dasjenige des Gesamtvolkes zu realisieren. Dabei muß vernachlässigt werden, daß das deutsche „Gesamtvolk“ zur Gänze gar nicht im Deutschen Reiche, geschweige denn in einem Gliedstaate vereinigt ist. Aber ist der „Staat“ Hamburg die „natürliche“ Gemeinschaft des deutschen Gesamtvolkes? Oder ist unter „Nation“, unter der natürlichen Gemeinschaft des Gesamtvolkes das jeweilige Volk eines Staates zu verstehen? Das wäre doch nur eine petitio principii. Nun könnte man

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 291.

ja zugeben, daß Hamburg, Baden, Preußen und jeder andere Einzelstaat zwar unmittelbar nur die Interessen eines Teiles, mittelbar jedoch auch die Interessen des Gesamtvolkes realisiere. Allein dann gibt es keinen Unterschied zur Gemeinde. Deren Aufgabe soll nach ROSIN „die Befriedigung der auf dem örtlichen Zusammenwohnen und der nachbarlichen Lage der Grundstücke beruhenden Gemeindebedürfnisse“ sein. Allein mittelbar sind diese Interessen auch nationale Interessen des Gesamtvolkes! Man denke etwa an die Gemeindeschulen. Die Gemeinde als „Organismus der örtlichen Gemeinschaft“ unterscheidet sich vom Staat als Organismus der „Volksgemeinschaft“ (bei welcher Begriffsbestimmung das Zweckmoment übrigens nicht aufscheint) nur graduell, denn auch die Volksgemeinschaft ist eine rein örtliche und auch in der „örtlichen“ Gemeinschaft der Gemeinde ist der Volksorganismus lebendig. Diese (von ROSIN aus SCHULZES deutschem Staatsrecht genommene) Charakterisierung schafft nur dann ein absolutes Kriterium zwischen Staat und Gemeinde, wenn der Staat oder das Volk als höchste Gemeinschaft, als souveräne Ordnung gedacht werden.

#### Viertes Kapitel.

### Souveränität des Staates und Positivität des Rechtes.

#### § 21.

#### Der Begriff der Rechtspositivität, positives und Naturrecht.

Schon die kritische Analyse dieser typischen Konstruktionsversuche des nichtsoveränen Staates beweist, daß es nicht gelingen kann, das Wesen der als „Staat“ bezeichneten Ordnung ohne Zuhilfenahme des Souveränitätsmoments zu bestimmen, wenn der Staat gegenüber den ihm eingegliederten Gemeinwesen grundsätzlich unterschieden werden, wenn zwischen der staatlichen Rechtsordnung als einer Gesamtordnung und den ihr subordinierten Teilordnungen eine absolute und keine bloß relative Differenz bestehen soll. Dem Einzelstaat den Wert eines Absolutums zuzuerkennen, ist aber zweifellos die wenn auch uneingestandene Tendenz der herrschenden Staatsrechtslehre; auch jener, die aus irgendwelchen Gründen die Möglichkeit eines nichtsoveränen Staates nachzuweisen versucht. Dieser Versuch muß mißlingen. Nämlich darum, weil dasjenige, was diese Lehre wegzuargumentieren sich bemüht, unausgesprochen und zumeist auch unbewußt in ihren eigenen Voraussetzungen ruht: Die Auffassung des Staates als Ordnung, und

zwar als Rechtsordnung, und die Vorstellung von der Selbständigkeit, der Besonderheit dieser Ordnung, die Annahme, daß es sich dabei um eine höchste Ordnung handelt, deren Geltung nicht höherer Rechtfertigung bedarf. Ob eine Auffassung konsequent durchführbar ist, die das Rechtssystem mit dem Umfang der Staatsordnung zusammenfallen läßt, die die staatliche Rechtsordnung als die allgemeinste, umfassendste Gestalt des Rechtes gelten läßt — was nur ein anderer Ausdruck für die Souveränität des Staates ist — kann hier dahingestellt sein. Insbesondere muß die Frage nach dem Verhältnis des souveränen Staates zum Völkerrecht den Untersuchungen des zweiten Teiles vorbehalten bleiben. Ob nun das Rechtssystem schon mit der einzelstaatlichen Rechtsordnung oder erst mit einer über allen einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehenden, diese als Teilordnungen umfassenden Völkerrechtsordnung abgeschlossen erscheint, ob die Souveränität dem Staate oder der Rechtsgemeinschaft der Staaten zugesprochen wird, stets wird der Rechtsordnung als einem einheitlichen in sich geschlossenen System die Souveränität zuerkannt werden müssen.

In der Behauptung der Souveränität des Staates (oder der Rechtsgemeinschaft der Staaten) wird der Anspruch erhoben (oder die Voraussetzung liquidiert): daß die als Staat bezeichnete (oder mit der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zur höchsten Einheit des Rechtssystems zusammenfassenden Völkerrechtsordnung identische) Rechtsordnung eine von der Moral oder Religion oder sonst einer anderen Ordnung verschiedene, abgesonderte und unabhängige Existenz habe, daß die Rechtswissenschaft — als Erkenntnis der einzelstaatlichen Rechtsordnung (oder des universalen, alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen umfassenden Weltrechtssystems) — eine selbständige, von der Theologie, Politik oder Ethik verschiedene Disziplin, daß sie überhaupt eine Ordnungslehre sei, die mit ihrer spezifischen Ordnung nicht anders als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren, letzten Geltung operieren kann. Damit erscheint aber die Souveränität des Staates (oder der Staatengemeinschaft) identisch mit der Positivität des Rechtes.

Auch dieser letztere Begriff schwankt in der herrschenden Lehre um seinen Wesenskern unsicher hin und her, und auch ihm gegenüber gilt es, die Theorie zum Bewußtsein dessen zu bringen, was mit ihm im Rahmen der Rechtswissenschaft, innerhalb ihrer methodischen Grenzen überhaupt gesagt werden kann: ist kritische Selbstbesinnung nötig.

Der Begriff des „positiven“ Rechtes hat sich im Gegensatz zu demjenigen des „Natur“-Rechtes entwickelt. Mit der Behauptung



der „Positivität“ des Rechtes lehnte man die naturrechtliche Anschauung ab, die das Recht aus der „Vernunft“, der „Natur der Sache“, der Moral oder sonst einer nicht spezifisch rechtlichen Ordnung abzuleiten versuchte, die somit die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer über dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normsystems zurückführen zu müssen glaubte. Das Wesentliche der von der positivistischen Rechtserkenntnis abgelehnten naturrechtlichen Auffassung und zugleich der Grund dieser Ablehnung ist darin zu erblicken, daß die Naturrechtstheorie die Geltung einer als Recht behaupteten Norm nur durch deren Einklang mit der Vernunft, Natur, Moral oder sonst einem „höheren“ Prinzipie legitimiert, während der Positivismus auch die vernunft-, natur- oder moralwidrige Rechtsnorm für gültig erkennt, indem er es ablehnt, die Gültigkeit des Rechtes weiter zu rechtfertigen oder, mit anderen Worten, aus einer höheren Ordnung abzuleiten, der gegenüber sich das Recht als eine irgendwie qualifizierte Teilordnung darstellt. Daß somit nur die positivistische Rechtserkenntnis die Voraussetzung für die Existenz einer selbständigen Rechtsordnung und Rechtswissenschaft setzt, während die naturrechtliche Anschauung das Recht schließlich und endlich in Vernunft, Moral, Natur, die Rechtswissenschaft in Ethik, Politik oder gar Naturwissenschaft aufgehen läßt, ist nur die Konsequenz der Tatsache, daß eine Ordnung, die als einer höheren unterstellt, aus dieser abgeleitet gedacht wird, letzten Endes nur als deren unselbständiger Bestandteil erkannt werden muß, dessen gesonderte Existenz nur provisorischen, nicht endgültigen Charakter haben kann. Die Identität dieses Sinnes der Positivität des Rechtes mit der richtig verstandenen Bedeutung der Souveränität des Staates (bei Identität von Staats- und Rechtsordnung), ist augenfällig; die als Staat bezeichnete Rechtsordnung wird als höchste, in ihrer Geltung nicht weiter ableitbare gedacht<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> BERGBOHM sagt in seinem für die Theorie des Rechtspositivismus noch immer grundlegenden und unübertroffenen Buche „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ (1892): „Für mich bedeutet also „positiv“ nichts als ein Notwort, durch dessen Hinzufügung ich die Einmischung der Vorstellung von irgend welchem andersartigen Recht — Naturrecht, Vernunftrecht, Idealrecht und wie die Namen alle heißen mögen — in die betreffende Darlegung verhüten will“ (S. 51). — Es ist nur ein scheinbarer Mangel, wenn BERGBOHM, nachdem er das positive Recht als dasjenige bestimmt hat, das kein Naturrecht ist, später das Naturrecht als dasjenige definiert, das nicht positives Recht ist (S. 109 ff.). Denn in der Bezeichnung „positiv“ soll und kann tatsächlich nichts anderes zum Ausdruck kommen als die Verschiedenheit des Rechtes von Moral, Politik, Religion, Natur usw., die Selbständigkeit des Rechtes gegenüber anderen Normsystemen; das ist aber nichts anderes als die Souveränität der Rechtsordnung. Wodurch sich das Recht von

## § 22.

## Positivität und Faktizität des Rechts.

Indes nimmt der Begriff der Rechtspositivität noch eine zweite, eine Nebenbedeutung an, die gerade der neueren Theorie zur Hauptbedeutung wird, ohne jedoch den Anspruch aufzugeben, die erste ursprüngliche Bedeutung (den Gegensatz zum Naturrecht) in sich zu schließen. Da eine Dogmengeschichte des Begriffes der Rechtspositivität nicht vorliegt, kann über die Entstehung dieser zweiten Bedeutung nur eine Vermutung ausgesprochen werden.

Wenn man irgendeines der neueren Werke zu Rate zieht, in denen die Grundbegriffe der Staats- und Rechtslehre erörtert werden, so findet man regelmäßig, daß unter Positivität des Rechtes die „Wirksamkeit des Rechtes in der Gesellschaft“ verstanden, daß dies als der Sinn des herrschenden Sprachgebrauches angegeben wird<sup>1)</sup>. Ein Faktum, ein kausal determinierter Vorgang in der Welt des sozialen Geschehens soll also die Positivität des Rechtes sein, so daß eigentlich richtiger von der Faktizität des Rechtes gesprochen werden müßte. Dabei ist es in diesem Zusammenhange gleichgültig, ob als das Seinsfaktum, das die Positivität des Rechtes ausmacht, der tatsächliche Vorgang der Satzung des Rechtes durch einen generellen Befehl des Monarchen, durch einen abstrakten Beschluß der Volksvertretung, oder ein Akt der sog. Anwendung des Rechtes durch den Richter (Verwaltungsbeamten), d. i. die Satzung der individuellen konkreten Rechts-Norm, oder aber die tatsächliche Befolgung der Rechtsnormen durch die Untertanen angesehen wird. Nun bedarf es weiter keines Beweises, daß dieser Sinn der Positivität: das Faktum, daß gewisse Rechtsvorstellungen auf irgendwelche Weise erzeugt werden und die Menschen wirksam motivieren, innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden kann, die das Recht als Norm, als Sollen auffaßt, die mit den

anderen Normsystemen unterscheidet, ist eine andere Frage. Jedenfalls nicht durch seine „Positivität“! Denn vom Standpunkt der Moral ist diese ebenso „positiv“ wie das Recht von seinem Standpunkte aus; denn auch die Moral erhebt Anspruch eine souveräne Ordnung zu sein. — Allerdings hat BERGBOHM dem Begriff der „Positivität“ schließlich doch die Bedeutung eines das Recht von den nicht rechtlichen Normensystemen unterscheidenden Merkmals gegeben. Vgl. dazu weiter unten S. 89. In dieser Bedeutung eines charakteristischen Merkmals des Rechts wird der Begriff der Positivität in der Regel auch bei den anderen Autoren verwendet. Dies führt dann meist zu einem *circulus vitiosus*, indem man das Recht als die „positive“ Norm, positiv aber als das Rechtliche bestimmt.

<sup>1)</sup> So z. B. ausdrücklich RADBRUCH, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 180. Vgl. auch JUNG, Das Problem des natürlichen Rechtes, 1912, S. 100 ff.

Begriffen der Geltung, der Pflicht, der Berechtigung, der Person, kurz mit allen jenen Begriffen operiert, die überhaupt keinen anderen als einen normativen Sinn haben können; denn die Erkenntnis einer solchen Wissenschaft bewegt sich nach einer Richtung, in der die kausal bestimmte Welt der sozialen oder irgendeiner anderen Wirklichkeit nicht zu treffen ist<sup>1)</sup>. Niemals könnte das Recht, das den Gegenstand (oder das Produkt) solcher Rechtswissenschaft bildet, „positiv“ in jenem Sinne der Faktizität sein, den die herrschende Lehre diesem Begriffe abzugewinnen sucht. Denn nur die psychischen Prozesse der Vorstellung und Wollung des Rechtes, nicht

<sup>1)</sup> Obgleich BERGBOHM das Recht ausdrücklich als „Norm“, als etwas „Normatives“ bezeichnet, als „abstrakte Regel, die befolgt sein will“ (a. a. O. S. 81), als etwas Verpflichtendes (a. a. O. S. 131) begreift, obgleich er das Recht ausdrücklich als etwas nicht sinnlich Wahrnehmbares, als ein bloßes „Gedankending“ (a. a. O. S. 132) bezeichnet, wird für ihn die Positivität des Rechtes zu einer Faktizität psychischer Vorstellungs- und Willensakte und äußerlicher, sinnlich wahrnehmbarer Vorgänge. Zunächst versucht er den Gegensatz von „positiv“ und nicht positiv auf den Gegensatz von Sein und Denken zurückzuführen. Positives Recht sei das ins Sein gesetzte Recht zum Unterschied vom bloß gedachten Recht (a. a. O. S. 52). Aber das Recht ist doch nach BERGBOHM nur ein „Gedankending“? Wie sollte das ins Sein gesetzt werden können, wenn Sein und Denken auseinanderfallen? BERGBOHM meint: „Die positivrechtlichen Normen haben eben diese ihre Eigenschaft durch einen geschichtlichen Vorgang erhalten, ohne den sie überhaupt nicht hätten geltendes Recht werden können. Sie sind entweder aus einem autoritativen Willen entsprungen oder durch Taten, jedenfalls durch einen objektiv nachweisbaren Werdegang zu dem geworden, was sie sind. Wer ihrer habhaft werden will, kann dies nicht anders als durch Schlussfolgerung aus notorischen oder eigens erhärteten sinnfälligen Tatsachen, welche den Inhalt des Rechtssatzes und den nächsten Grund seiner Verbindlichkeit zu offenbaren geeignet sind“ (a. a. O. S. 132). Allein wie kann aus der Tatsache, daß etwas geschieht, durch Schlussfolgerung erkannt werden, daß etwas geschehen soll, von Rechts wegen geschehen soll? Das ist doch wohl der Sinn einer Norm, daß etwas geschehen soll. Woran ist zu erkennen, daß der „Wille“, dessen objektiv feststellbare, sinnfällige Äußerung der die Positivität verleihende „historische Vorgang“ sein soll, ein „autoritativer“ Wille ist? Ist jeder „historische“ Vorgang — und ist nicht jeder Vorgang ein historischer? — die Quelle von Rechtsnormen? In anderem Zusammenhänge sagt BERGBOHM: „Damit eine . . . Norm oder Regel positives Recht . . . sein könne, ist eine unerlässliche Bedingung, daß . . . ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten äußerlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verleiht“ (a. a. O. S. 549). Ja, aber wann ist eine normierende „Macht“ eine „kompetente“? Darauf gerade kommt es an, denn nur darum sind ihre Normen „positive“ Rechtsnormen, weil sie — von Rechts wegen — kompetent ist, Normen zu setzen! Die Kompetenz ist aber aus der Faktizität des historischen Vorgangs nicht zu erkennen.

aber das Recht als der Inhalt dieser Prozesse ist positiv im Sinne von faktisch. Der prinzipielle Fehler, der in dieser Auffassung der Rechtspositivität steckt, zeigt sich vielleicht am besten, wenn man sich ihren Anlaß, ihren Entstehungsgrund vergegenwärtigt. Indem die Ueberwindung des Naturrechtes die Rückführung der Rechtsordnung auf Moral, Vernunft oder Natur endgültig ablehnte, glaubte sich die „positivistische“ Rechtstheorie vor die nunmehr offene Frage nach dem Geltungsgrunde nach einem anderen Geltungsgrunde des Rechtes gestellt, als die Naturrechtstheorie angab, glaubte sie diese Frage nicht nur negativ, sondern positiv beantworten zu müssen. Und die Antwort lautete: Das Recht gilt nicht, weil und sofern sich seine Normen aus der Moral, Vernunft oder Natur ableiten lassen, sondern es gilt kraft der Tatsache, daß es durch menschlichen Willen oder Willkür gesetzt wurde und tatsächlich beobachtet wird. Die Sinnlosigkeit dieser Antwort erhellt sofort, wenn man sich bewußt wird, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde soviel bedeutet wie: Warum soll die Rechtsnorm gesetzt und befolgt werden, und nicht, warum wird sie tatsächlich gesetzt und befolgt. Bedeutete die Frage das letztere, wäre ja die Antwort nur eine Scheinantwort, denn sie besagte, das Recht soll gesetzt und befolgt werden, weil es gesetzt und befolgt wird. Angesichts des rein normativen Sinnes der Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes ist die Antwort, die auf seine, richtiger auf irgend eine Faktizität hinweist, nichts-sagend. Denn niemals kann auf die Frage nach dem Grund eines Sollens ein Sein zur Antwort gegeben werden. Indem die herrschende Lehre in der Ueberwindung des Naturrechtes eine positive Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes geben zu müssen glaubte, eine Antwort, die sich von jener des Naturrechtes unterschied, mißverstand sie den eigentlichen Sinn dieser Ueberwindung des Naturrechtes, der darin besteht, daß die Frage nach einem Geltungsgrunde der Rechtsordnung als solcher, nach einer weiteren Rechtfertigung des Rechtes durch eine höhere Ordnung abgelehnt wird, indem die Rechtsordnung selbst als höchste, nicht weiter ableitbare, als souveräne Ordnung postuliert wird.

Dieses Abgleiten der Theorie erklärt sich daraus, daß die Ueberwindung des Naturrechtes von der sogenannten historischen Rechtsschule ihren Ausgang nahm. Der Rechtsgeschichte jedoch — die im Grunde gar nicht den Charakter einer spezifischen Rechtswissenschaft hat, sondern nur einen Teil der historischen Wissenschaft bildet — ist das Problem des Rechtes überhaupt nicht in dem Sinne gestellt, daß die Sollgeltung

seiner Normen in Betracht kommt. Hier mögen tatsächlich nur jene **Fakten**, jene kausal determinierten Prozesse der Rechtssatzung und Rechtsbefolgung, die sozialpsychischen Vorgänge des sogenannten **Rechtslebens**, somit nur tatsächliches Geschehen, soziales Sein, und nicht ein spezifisches Sollen das Erkenntnisobjekt bilden. Allein von diesem rechtshistorischen Standpunkte aus kann unmöglich ausgemacht werden, was objektiv Recht und Pflicht sei, höchstens nur, was die Menschen — ob mit Recht oder Unrecht muß dahingestellt bleiben — zu verschiedenen Zeiten dafür gehalten haben. Daß die Rechtsgeschichte eine systematische Rechtswissenschaft entbehrlich machen könne, braucht wohl heute nicht mehr ernstlich bewiesen werden. Niemals kann Rechtsgeschichte einen anhängigen Prozeß entscheiden. Darin liegt aber der methodische Fehler der herrschenden dogmatischen Rechtswissenschaft, daß sie, noch unter dem Einfluß der rechtshistorischen Schule, deren Betrachtungsstandpunkt mit dem von diesem notwendig gänzlich verschiedenen, höchsteigenen Standpunkt nicht klar scheidet, sondern im Gegenteil immer wieder vermengt. Es liegt hier — bei der Identität von Staat und Rechtsordnung — der gleiche Synkretismus der Methoden vor wie in der Theorie, die den Staat als **Tatsache** der Gewalt oder Herrschaft zu erkennen sucht. Der auf die Faktizität der Satzung und Befolgung gestellte Begriff des „positiven“ Rechtes entspricht durchaus diesem mit ihm korrespondierenden Begriff des Staates, den man ebenso gut einen „positiven“ nennen könnte. Die Gewalt und Herrschaft des Staates fällt als Faktum zusammen mit der Tatsache der Norm- oder Befehlsgebung und der im Wege der Motivation bewirkten Befolgung. Herrschen heißt motivieren, heißt zwingende Ursache für fremdes Verhalten sein. Indem die herrschende Lehre die Positivität des Rechtes als irgendeine Art Faktizität deutet, glaubt sie mit diesem Kriterium auch eine wesentliche Differenz zu anderen Normsystemen aufgezeigt zu haben. Das Naturrecht — unter welchem Begriff man alles nicht positive Recht zusammenfaßt — sei sozusagen nur ein gedachtes, nicht wirkliches, nicht ins Sein gesetztes Recht<sup>1)</sup>. Das ist ein offener Irrtum. Denn durch seine faktische Wirksamkeit ist das sogenannte positive Recht vom Naturrecht nicht zu unterscheiden, da ja auch das Naturrecht, die jeweils höhere Ordnung, aus der die naturrechtliche Auffassung das Recht ableitet, selbst wirksam und somit „positiv“ sein kann und ist, oft viel wirksamer ist als das sogenannte positive Recht. Angesichts solcher nicht zu bezweifelnden „Positivität“

<sup>1)</sup> Vgl. oben Seite 89, Anm. 1.

der Moral-, Vernunft- oder Naturvorstellungen, dessen, was die Menschen für moralisch, vernünftig oder naturgemäß halten, muß jeder Gegensatz, jede Unterscheidungsmöglichkeit zwischen einem Naturrecht und einer Ordnung verschwinden, die von sich nichts anderes auszusagen weiß, als daß auch sie wirksam, d. h. „positiv“ ist<sup>1)</sup>.

Wenn man als Gegenstand der Rechtswissenschaft nur das „positive“ Recht erkennen will, unter Positivität jedoch dessen Faktizität versteht, dann könnte Rechtswissenschaft — sofern man sie nicht mit Rechtsgeschichte identifiziert — nur eine Art Soziologie sein: wobei hier dahingestellt bleibe, ob Soziologie überhaupt als naturwissenschaftliche Disziplin und inwieweit speziell eine Rechtssoziologie möglich ist. Ganz ebenso könnte es nur eine Soziologie, nicht aber eine Rechtslehre vom Staate sein, die sich irgendwelche tatsächlichen Herrschafts- oder Gewaltverhältnisse zum Gegenstand macht; wobei gleichfalls dahingestellt bleibe, ob und inwieweit sich der Staat einer soziologischen Betrachtung gegenüber als Einheit darbietet.

### § 23.

#### Positivität und Gesetzmäßigkeit des Rechts.

Nicht selten gelingt es einem richtigen Gedanken — der Wahrheit, wenn das pathetische Wort gestattet ist — aus der Verschüttung durch eine methodologisch falsche Theorie blitzartig, mitten durch ein ganzes System von Irrtümern, wie in einer Sandwüste ein Quell aus der Tiefe, durchzudringen. In einem einzigen Wörtlein verrät sich die ins Unbewußte verdrängte Identität von Rechtspositivität und Staatssouveränität, wenn JELLINEK die Positivität des Rechtes als die „nicht weiter ableitbare Ueberzeugung“

<sup>1)</sup> BERGBOHM führt einen leidenschaftlichen Kampf gegen das Naturrecht. Er fordert dessen gänzliche Eliminierung aus der Wissenschaft und Praxis des positiven Rechts. Allein woran soll man dieses auszurottende Uebel erkennen? Das einzige Kriterium, das BERGBOHM anführt, ist: Das positive Recht tritt auf einem „geschichtlichen Wege“ durch äußerlich wahrnehmbare, „objektive“ Tatsachen ins Dasein, „der Naturrechtssatz dagegen ist kein Produkt eines historischen Vorganges, er entstammt keinem Willen, der sich objektiviert hat . . . das Naturrecht ist von selbst da, sobald man es zu denken sich nur vorsetzt“ (A. a. O. S. 132, 546). Allein warum sollte das „Denken“ naturrechtlicher Vorstellungen, das Entstehen dieser Vorstellungen, ihre motivierende Wirkung auf das Handeln des Menschen und dieses Handeln selbst nicht ein „historischer“ Vorgang, nicht eine äußerlich feststellbare Objektivation sein? Das Gewohnheitsrecht entsteht und tritt ganz ebenso ins Dasein, wird ganz ebenso befolgt wie gewisse naturrechtliche Vorstellungen, die die Menschen beherrschen, und doch zweifelt BERGBOHM durchaus nicht an der „Positivität“ des Gewohnheitsrechtes.

charakterisiert, daß wir verpflichtet sind, seine Normen zu befolgen<sup>1)</sup>. Denn nicht weiter „ableitbar“ ist wohl nicht der psychische Vorgang des Ueberzeugungsgefühls: dieses kann nur „verursacht“ und muß irgendwie verursacht sein. Die Unableitbarkeit, die sich JELLINEK hier als Wesen der Rechtspositivität aufdrängt, kann wohl nur der Verpflichtung zukommen, die wir vom Rechte ausgehen lassen, kann nur die Eigenschaft der Rechtsordnung selbst sein, die wir darum als positiv, und wenn wir ihr den Namen des Staates beilegen, als souverän bezeichnen können.

Als „positives“ Recht erkennt man — die Souveränität des Staates vorausgesetzt — eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann. Dies geschieht durch ihre stufenweise Rückführung auf die letzte „Quelle“, auf die die Einheit und Besonderheit der Rechtsordnung begründende Ursprungsnorm, aus der sich das Rechtssystem ableitet. Ist etwa in concreto fraglich, ob ein bestimmter Unternehmer für den von seinem Angestellten verursachten Schaden von rechts wegen ersatzpflichtig sei, so ist dies zu bejahen, wenn solches durch Rechtsgeschäft, bzw. Urteil, auf Grund einer gesetzlichen Norm statuiert (entschieden) wurde, vorausgesetzt, daß das fragliche Gesetz, die Satzung, verfassungsmäßig erfolgt ist; z. B. durch gehörig kundgemachten Majoritätsbeschluß einer bestimmten — etwa als konstituierendes Parlament bezeichneten — Versammlung irgendwie qualifizierter Menschen. Daß dem Beschluß dieser Versammlung (oder etwa dem Befehl eines absoluten Monarchen) entsprochen werden soll: das ist die nicht weiter zu rechtfertigende Voraussetzung der eben darum positiven, das ist der logische Ursprung der eben darum als höchsten geltenden, d. h. souveränen Rechtsordnung. Positiv, das heißt wörtlich „gesetzt“, ist somit die einzelne Rechtsnorm, sofern sie in dem auf der juristischen Hypothese der Ursprungsnorm einheitlich gegründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet. Dabei ist es gewiß verfehlt, die Positivität des Rechtes, was mitunter geschieht, mit seiner Gesetzhait zu verwechseln, das hier entscheidende Moment in den Satzungsakt, in die Tatsache zu verlegen, daß die Rechtsnorm in einem Gesetzgebungsprozeß „erlassen“ wird. Zunächst gibt es neben dem gesetzten auch ein Gewohnheitsrecht, dessen Positivität nicht bezweifelt wird. Und Moralnormen entstehen sowohl im Wege der Gewohnheit als auch der Satzung. Indem die Moral gebietet, den elterlichen Befehlen zu gehorchen, delegiert sie norm-

<sup>1)</sup> Staatslehre, S. 333.

setzende Autoritäten ganz ebenso, wie wenn die Verfassung ein Parlament delegiert. Satzung und Gewohnheit ruhen aber auf der Verfassung, im rechtslogischen Sinne, der Ursprungsnorm, der letzten Quelle des Rechtssystems<sup>1)</sup>. In dieser Norm als einer höchsten nicht weiter ableitbaren, in der von solcher Ursprungsnorm dem ganzen aus ihr erzeugten Rechtssystem verliehenen Qualität der Souveränität liegt das für die Positivität des Rechtes entscheidende Moment, das dem Recht die Eigenschaft eines selbständigen, von allen anderen Normsystemen verschiedenen, unabhängigen und in sich geschlossenen Systems gibt.

### § 24.

#### Faktizität und Normativität, Wirkung und Geltung der Rechts-(Staats-) Ordnung.

Mit der prinzipiellen Ablehnung der Faktizität als Kriterium für die Positivität des Rechtes ist jedoch keineswegs das Problem der tatsächlichen Wirksamkeit des Rechtes (richtiger der Rechtsvorstellungen) überhaupt, noch auch jeder Zusammenhang dieser Wirksamkeit mit der Geltung des positiven Rechtes geleugnet. Es kommt nur darauf an, das Problem, das hier zweifellos vorliegt, richtig einzustellen.

Zwei Momente sind es, die bei den Begriffsbestimmungen des positiven Rechtes die Gefahr jener *μετάβασις εἰς τὸ ἄλλο γένος* scheinbar unvermeidlich machen, die soeben zurückgewiesen wurde. Zunächst die Tatsache, daß nur eine im großen und ganzen der Regel nach wirksame Ordnung als gültige, positive Rechtsordnung von den Juristen vorausgesetzt, daß der Richter als positives Recht, d. h. als souveräne Zwangsordnung faktisch nur eine Ordnung anwendet, deren Befolgung von einer wirksamen Herrschaftsgewalt, von zwingenden Motiven in der Regel durchgesetzt

<sup>1)</sup> Soll Gewohnheitsrecht juristisch existieren, muß die Gewohnheit als „Quelle“ entweder durch das Gesetz oder durch die Ursprungsnorm selbst eingesetzt sein. Da es schon aus psychologischen Gründen nicht leicht dazu kommt, daß die Satzung sich gleichsam selbst entwertet, indem sie auf die Gewohnheit als Quelle derogierender Normen verweist, muß man — um die Gewohnheit neben der Satzung innerhalb desselben Rechtssystems als paritätische Quelle gelten zu lassen — schon auf die Ursprungshypothese zurückgreifen, die man beide gleichermaßen, aber nicht ohne das die Einheit verbürgende Prinzip der *lex posterior*, delegieren läßt. Soferne aber die Gewohnheit ebenso wie die oberste Satzungsautorität unmittelbar auf der Ursprungsnorm selbst beruht, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gewohnheitsrechtes ein Streit um die Voraussetzungen der Rechtsordnung und daher juristisch nicht zu entscheiden. Das wird meist übersehen.



wird. Das zweite Moment ist dies, daß nicht nur auf die Frage, warum speziell die Normen des positiven Rechtes befolgt werden sollen, sondern auch auf die Frage, warum irgendwelche andere Normen befolgt werden sollen, letzten Endes der Hinweis auf eine Seinstatsache möglich, ja unausweichlich zu sein scheint. So ist man gewohnt, auf die erste Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes, dem Grunde des rechtlichen Sollens die Antwort: weil (wie man sich ausdrückt) der Staat oder der absolute Fürst oder das Parlament usw. es befiehlt, als ebenso befriedigend hinzunehmen, wie auf die Frage nach dem religiösen oder sittlichen Sollen die Antwort: weil Gott es befiehlt, oder weil das Gewissen es fordert, oder weil die Vernunft es so will. Es hat — wenn man sich dem bloßen Sprachgebrauch anvertraut — beinahe den Anschein, als ob gerade der letzte, der souveräne Grund des Sollens immer eine Seinstatsache sein müsse. Ob das nun der Befehlsakt des Staates, des absoluten Fürsten, Gottes, des Gewissens oder der Vernunft sein mag: immer scheint es ein tatsächliches Faktum zu sein, auf das letztlich die Frage nach dem Warum eines Sollens stößt. Allein es ist doch nur ein ungenauer, salopper Sprachgebrauch, der über das wahre logische Verhältnis hinwegtäuscht. Nicht weil Gott, das Gewissen oder die Vernunft befiehlt, soll ich mich so oder anders verhalten, sondern weil ich dem Befehle Gottes, der Vernunft oder des Gewissens gehorchen soll; das ist der letzte, nicht weiter ableitbare Grund für die Geltung der Religion und Moral; nur als Inhalt einer obersten Norm kann der Befehl Gottes, des Gewissens oder der Vernunft das Sollen einer besonderen Norm rechtfertigen. Das Kind mag sich immerhin auf die Frage, warum es dieses tun, jenes unterlassen solle, mit der eine Seinstatsache aussagenden Antwort begnügen: weil die Eltern es befehlen. Das logische Denken aber muß zu der Erkenntnis dringen: weil man den Geboten der Eltern gehorchen soll; daß über diesen Satz hinaus gefragt werden kann, ist zweifellos, ebenso daß kein logischer Zwang besteht, bei irgendeinem Sollsatz auf weitere Rechtfertigungsfrage zu verzichten. Nur: wenn überhaupt ein letzter Grund für irgendein Sollen angegeben wird, kann dies nur wieder ein Sollen sein. Darum kann die Frage, warum den Normen des Rechtes gehorcht werden soll — wenn sie überhaupt gestellt wird — nicht mit der Tatsache eines Gesetzgebungsaktes oder sonst einem Rechtserzeugungsfaktum (etwa dem der Gewohnheit) als Faktum, sondern nur immer wieder mit der Behauptung einer Norm geantwortet werden, die besagt, daß man den Befehlen des Herrschers gehorchen solle, daß man sich so verhalten solle, wie sich die Genossen gewöhnlich

zu verhalten pflegen, kurz: mit der Behauptung einer Norm, die den Inhalt des sogenannten Rechtserzeugungsprozesses zur Bedingung eines Sollens setzt. Man wende nicht ein, daß es im Grunde gleichgültig sei, ob die Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes lautet: weil der Herrscher es so befiehlt, oder: weil du den Befehlen des Herrschers gehorchen sollst; m a t e r i e l l sei in beiden Sätzen nichts Verschiedenes gesagt, der erstere setze den zweiten stillschweigend voraus. Denn gerade das Uebersehen der formal logischen Relation verschuldet möglicherweise die irrige Theorie von der Faktizität des positiven Rechtes.

So bleibt nur noch das erste Moment zur Erörterung: die T a t s a c h e, daß die Rechtswissenschaft trotz der grundsätzlichen Verschiedenheit von Wirkung und Geltung nur eine in der Regel wirksame Ordnung als gültig behandelt. Es fragt sich nun, ob solches Verhalten der Juristen, Theoretiker wie Praktiker, willkürlich oder aber bestimmt ist, und wenn das letztere, welcher Art diese Bestimmung sein muß. Mit anderen Worten: Gibt es einen Grundsatz, der das charakterisierte Verhalten der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis postuliert und der somit eine Rechtfertigung dafür ist, daß man als positives Recht nur eine in der Regel wirksame Ordnung voraussetzt. Zur vollen Klarstellung der Problemlage diene ein konkretes Beispiel. Man würde es juristisch für sinnlos erachten, wenn jemand zur rechtlichen Beurteilung der in Betracht kommenden Tatbestände heute in Frankreich die Rechtsordnung des ancien regime oder in Oesterreich die Verfassung des Jahres 1867 als gültig voraussetzen wollte. Zwischen beiden Verfassungen und den heute als gültig angenommenen liegt Revolution, ein Bruch der Rechtskontinuität. Steht man auf dem Standpunkt der Souveränität der einzelstaatlichen Ordnung, dann läßt sich mit juristischen Gründen das Sinnlose solcher Voraussetzung allerdings nicht erweisen. Da die revolutionär gebrochene Ordnung rechtlich niemals aufgehoben wurde, könnte ihre Weitergeltung ebenso behauptet werden, wie die Geltung der revolutionär begründeten Ordnung. Ebenso, denn auch die erstere beruht letztlich auf einer juristisch nicht zu rechtfertigenden Voraussetzung. Gerade der juristische Standpunkt ist gänzlich ungeeignet, das erwünschte Resultat zu erzielen. Denn die Wahl des juristischen Ausgangspunktes juristisch bestimmen wollen, hieße sich selbst auf die Schulter steigen, käme dem Versuche Münchhausens gleich, sich an dem eigenen Zopf aus dem Sumpfe zu ziehen.

In juristischer Hinsicht muß die Wahl irgendeines Ausgangspunktes — die Wahl der grundlegenden Rechtsvoraussetzung.

von der aus deduziert sich die ganze positive Rechtsordnung als geltendes Normsystem darstellt — insbesondere aber auch die Wahl eines solchen Ausgangspunktes, der eine in der Regel auch wirksame Ordnung als geltend ergibt, zunächst als willkürlich erkannt werden<sup>1)</sup>. Allein darum muß diese Wahl nicht überhaupt in

<sup>1)</sup> Diese Rechtsvoraussetzung, dieser Ausgangspunkt, diese Ursprungsnorm, die ich auch als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, da sie die „höchsten“ Organe des Staates, die obersten Rechtsquellen einsetzt, hat durchaus die Funktion einer grundlegenden Hypothese. Wenn oben behauptet wird, daß die gesamte Rechtsordnung aus ihr „abgeleitet“ wird, so kann das natürlich nicht so verstanden werden, als ob alle positiven Rechtssätze schon inhaltlich bestimmt a priori vorausgesetzt würden. Die hypothetische Ursprungsnorm ist nur eine oberste Erzeugungsregel. Indem sie z. B. besagt: Verhalte dich so, wie es der absolute Monarch befiehlt, oder wie es die konstituierende Versammlung beschließt, verweist sie hinsichtlich des Inhalts der generellen Rechtsnormen auf die Gesetze, und die Gesetze wieder verweisen hinsichtlich des Inhalts der — im Rahmen der Gesetze zu haltenden — individuellen Rechtsnormen auf die Urteile (Verwaltungsakte) der Gerichte (Verwaltungsbehörden). Aus dem Seins-Faktum der Gesetzesbeschlüsse oder Befehle des Monarchen, der Urteilsakte der Gerichte, der Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden (eventuell auch der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen) findet das rechtliche Sollen in stufenweiser Abfolge seine inhaltliche Erfüllung. Der Inhalt eines Seins wird so zum Inhalt eines Sollens. Doch ist das Sein all dieser Akte, dieser „historischen“ Vorgänge nur die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* für das rechtliche Sollen der gültigen Normen, so wie auch kein Gedanke möglich ist ohne einen psychischen Akt, wobei jedoch der Sinn, die Wahrheit des Gedankens als eines geistigen Inhalts niemals begründet werden kann in dem seelischen Prozeß, der ihn trägt. Nur so scheint mir das Problem lösbar: Daß das Sollen des Rechts und das Sein der historisch-sozialen Wirklichkeit sich zwar logisch ausschließen, dennoch aber in einer nicht zu leugnenden inhaltlichen Beziehung stehen.

BERGBOHM, der das Recht als bloßes Gedankending und zwar als Norm erkennt, dabei aber die Positivität des Rechtes in historischen Seinsvorgängen sucht, sagt einmal: „Das Recht ist allerdings nicht sinnlich wahrnehmbar, es ist ein Gedankending, aber doch immer ein aus den äußeren Tatsachen eines Rechtsbildungsprozesses herauszudenkendes“ (a. a. O. S. 132). Gerade in diesem aus den äußeren Tatsachen „Herausdenken“ liegt das Problem. BERGBOHM versuchte es zu lösen, indem auch er zwischen dem Inhalt der Rechtsnorm und ihrem Normcharakter, zwischen „Rechtsinhalt“ und „Rechtsform“ unterscheidet (a. a. O. S. 543). Und er führt aus: „Damit eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerläßliche Bedingung die, daß sie zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, daß ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äußerlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betreffenden Norm bildet, die Rechts-

jeder Richtung willkürlich sein. Ihre theoretische Bestimmung läßt sich vielleicht erweisen. Nur daß eben die Norm, die die Wahl der Rechtsvoraussetzung bestimmt, nicht selbst Rechtsnorm, sondern eine Norm ganz anderer Art ist. Gewiß! Daß als positiv geltendes Recht eine in der Regel wirksame Ordnung vorausgesetzt wird, ist nicht bloß Tatsache, ist auch Postulat, ist in irgendeinem Sinne gesollt, geboten. Es hat aber dieses Postulat mit dem Begriffe des Rechtes nichts zu tun.

Will man die Natur dieser Norm begreifen, die fordert, nur eine wirksame Ordnung als gültiges Recht vorauszusetzen, will man diese Norm rechtfertigen, muß man versuchen, sie auf ein höheres, allgemeineres Prinzip zurückzuführen. Und ein solches ergibt sich tatsächlich in dem auf das Gebiet normativer Erkenntnis, auf

qualität verlieh“ (a. a. O. S. 549). Abgesehen davon, daß es unrichtig ist, von einem „normativen Inhalt“ zu sprechen, da der Inhalt indifferent, die Form das Sollen also das Normative ist, ergibt gerade die Umkehrung des BERGBOHM'schen Gedankens die richtige Erkenntnis: Aus dem historischen Vorgang der Satzung oder Gewohnheit holt die Rechtsnorm ihren Inhalt. Ihre Rechtsqualität holt sie aus der Ursprungsnorm, aus der juristischen Hypothese, die die unentbehrliche Voraussetzung für den Gedanken des Rechtes als eines Normativen bildet. Diese Ursprungsnorm, diese letzte Quelle des „positiven“ Rechtes, ist allerdings selbst weder gesetzt noch gewohnheitlich erzeugt, da sie eben die Voraus-Setzung für Satzung und Gewohnheit als sogen. Rechtsquellen bildet.

Bei der Untersuchung des Verhältnisses: Gesetz und Wirklichkeit, kommt auch WALTER JELLINEK (Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 26 ff.) zu einem „obersten Satz aller Rechtsordnung“, den er folgendermaßen formuliert: „Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber (sei es das Volk, sei es der Monarch, sei es eine besondere Gesellschaftsklasse usw.) vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden.“ Gegen diese Formulierung wäre manches vorzubringen; so, daß in sie der Begriff des menschlichen Gemeinwesens nicht aufgenommen werden darf, da der „oberste Satz“ alles menschliche Gemeinwesen erst begründet; auch die Voraussetzung eines „höchsten Gewalthabers“ ist eine petitio principii, da das fragliche Faktum erst durch die Hypothese zu einer „höchsten“ Autorität wird. Gemeint kann nur sein eine wirksame Motivationsquelle. Doch sind das — angesichts der richtigen Erkenntnis von der Notwendigkeit eines obersten Satzes — nicht entscheidende Einwände. Bedenklicher ist, daß WALTER JELLINEK diesen obersten Satz einem Naturgesetz gleichstellt. „Der Satz hat die gleiche Unverbrüchlichkeit wie das Naturgesetz; wie dieses ist er unabhängig von der Wirklichkeit, die Wirklichkeit sind nur Anwendungsfälle.“ Der Satz sei — wie das Naturgesetz — unaufhebbar. Auch diese Parallele zum Naturgesetz wäre noch diskutabel, wenn WALTER JELLINEK nicht vermeinte, sein juristisches Naturgesetz drücke ein Verhältnis von Ursache und Wirkung aus, und es sei zwar der oberste Rechtsatz, nicht aber seien die — aus ihm doch abgeleiteten — positiven Rechtssätze dem Naturgesetz zu vergleichen. Diese Vermengung von Natur- und Rechtswirklichkeit muß ich grundsätzlich ablehnen.

das Gebiet der Wertung ausgedehnten Grundsatz der Erkenntnisökonomie. So wie die Bildung der erklärenden Naturgesetze bestimmt ist durch das — dem ökonomischen Prinzip analoge — Postulat, mit möglichst einfacher Formel möglichst viel der tatsächlichen Gegebenheit zu erklären, so kann man im Bereiche normativer Betrachtung oder Wertung eine Forderung für gültig erkennen, die uns in der Wahl der Voraussetzungen derart determiniert, daß mit der aus der gewählten Voraussetzung deduzierten Ordnung als Bewertungsmaßstab möglichst viel Tatbestände als *n o r m e n t s p r e c h e n d*, somit als (relativ) wertvoll erkannt werden, oder mit anderen Worten, daß der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Ordnung sich mit dem Inhalt des nach dieser Ordnung zu beurteilenden tatsächlichen Geschehens möglichst deckt, sei es, weil dieses Geschehen durch die Vorstellung dieser Ordnung motiviert ist, sei es, daß es dadurch als motiviert gedacht werden kann<sup>1)</sup>. Indem dieser dem Prinzip der von MACH aufgezeigten Denk- oder Erklärungsökonomie analoge Grundsatz unserer Werterkennung (des normativen Betrachtens) auf eine möglichste Reduzierung jener Spannung gerichtet ist, die zwischen Sollen und Sein besteht, tendiert er, möglichst viel als wertvoll, d. h. möglichst viel Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens übereinstimmend, möglichst wenig als wertwidrig, d. h. möglichst wenig Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens im Widerspruch stehend zu erkennen; er stellt somit ein wertökonomisches Prinzip, ein Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums dar<sup>2)</sup>.

Dem rein juristischen oder moralischen Standpunkte gegenüber ist dieses die Rechts- oder Moralvoraussetzung determinierende Prinzip als außerjuristisch oder außermoralisch durchaus heterogener Natur.

<sup>1)</sup> Obgleich Sein und Sollen zwei voneinander gänzlich verschiedene, aufeinander nicht rückführbare Denkformen sind, können sie doch gleiche Inhalte aufnehmen. Menschliches Handeln ist vorstellbar als Inhalt des Seins, als ein Stück Natur oder Geschichte, d. h. als Gegenstand der Natur- oder Geschichtswissenschaft, oder als gesollt, als Inhalt von Normen und sohin als Gegenstand der Rechtswissenschaft. Nur wegen dieses gemeinsamen — an sich indifferenten und in dieser Abstraktion gar nicht vorstellbaren — „Substrates“ läßt sich ein tatsächliches Geschehen bewerten, speziell rechtlich beurteilen. Die Frage: Ist eine bestimmte Wirklichkeit wertvoll oder wertwidrig, ist — unter der Voraussetzung eines grundsätzlichen Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert — sinnlos. Wenn eine Wirklichkeit bewertet werden kann, so ist das eben nur in dem Sinne möglich, daß der Inhalt des Seins mit dem Inhalt des Sollens in Vergleich gesetzt wird. Vgl. dazu meine Abhandlung: „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft“ in SCHMOLLERS Jahrbuch, XL. Band, Heft 3.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu: PITAMIO, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft. Oesterr. Zeitschr. für öffentl. Recht. III. Jahrg. 1918, S. 339 ff.

Gänzlich verfehlt ist daher, wenn immer wieder versucht wird, in den Begriff des Rechtes selbst die regelmäßige Wirksamkeit seiner Normen aufzunehmen<sup>1)</sup>. Der schwere methodologische Fehler, der in einem solchen Versuche liegt, ist der, daß das „Recht“, dessen Soll-Geltung in Betracht kommt und das allein der systematischen Rechtswissenschaft gegeben ist, und jenes „Recht“, von dem eine Seins-Wirkung ausgesagt werden kann, logisch zwei verschiedene Gegenstände sind. Das erstere eine Norm, das letztere ein psychischer Akt, sei es eine Vorstellung oder eine Wollung, die allerdings eine Norm zum Inhalt haben kann. Aus dem die Bildung der Ursprungshypothese bestimmenden Prinzip, das rechtliche Sollen dem tatsächlichen Geschehen inhaltlich möglichst anzupassen, nicht aber aus dem Begriffe des Rechtes ergibt sich für den Inhalt der Rechtsordnung, daß dieser überhaupt realisierbar sei und auch in der Regel realisiert werde. Ohne auf diese Relation zum Inhalt des Rechtes hier näher einzugehen, sei lediglich noch bemerkt, daß es keineswegs das einzige determinierende Prinzip ist. Wäre es dies, dann läge nichts im Wege, als rechtlich oder moralisch oder sonstwie gesollt zu erklären, was tatsächlich geschieht, d. h. jede mögliche Spannung zwischen dem Inhalt des Seins und jenem des Sollens zu eliminieren oder alles, was in der Sphäre der Natur-Wirklichkeit sich vollzieht, auch jeden historischen Vorgang für wertvoll, insbesondere aber für Recht oder rechtmäßig zu erkennen, so wie dies bei SPINOZA der Fall ist, der das Recht mit der faktischen Macht identifiziert, oder bei HEGEL, der alles was ist, für vernünftig erklärt, also auch als gesollt hinstellt, der die Entwicklung des Seins der Natur und Geschichte mit der Entfaltung des Wertes identifiziert. Daß dies im Grunde aber nur die Ueberwindung des Gegensatzes von Wert und Wirklichkeit oder die Ausschaltung des spezifisch-normativen Standpunktes bedeutet, ist selbstverständlich.

Nur um mögliche Mißverständnisse zu meiden, sei schließlich noch hervorgehoben, daß in der Annahme einer erkenntnistheoretischen Determinierung der Wahl des Ausgangspunktes keinerlei Beeinträchtigung der Rechtssouveränität gelegen ist. Die Gültigkeit der Rechtsordnung kann ebensowenig aus dem Prinzip des Wertmaximums abgeleitet werden, wie die Richtigkeit der physikalischen Gesetze aus dem Prinzip der Denk- oder Erklärungsökonomie. Allerdings muß schon jetzt hervorgehoben werden, daß das die Ursprungsnorm, die Verfassung des Einzelstaates bestimmende Postulat einen

<sup>1)</sup> Typisch dafür ist die Bestimmung des Rechtsbegriffs durch SOMLO, a. a. O. S. 105: „Recht bedeutet demnach die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht“.

wesentlich anderen Charakter annehmen und als Rechtsnorm auftreten kann, wenn die Vorstellung von der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung fallen gelassen und über allen Einzelstaaten eine Völkerrechtsordnung angenommen wird, die nur eine in der Regel wirksame Zwangsordnung als Teilordnung delegiert. Doch kann dies des Näheren erst im Zusammenhange mit der Untersuchung des Verhältnisses zwischen der Völkerrechtsordnung und der staatlichen Rechtsordnung dargestellt werden<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Vgl. unten § 51.

## Zweiter Teil.

# Die Theorie des Völkerrechts und das Souveränitätsdogma.

## Fünftes Kapitel.

### Das gegenseitige Verhältnis zweier Normensysteme.

#### § 25.

#### Einstellung des Problems.

So sehr die deutsche Theorie des öffentlichen Rechtes — im Widerspruch zu ihren eigenen Voraussetzungen — bemüht ist, im Bereiche des Staatsrechtes die Souveränität als wesentliche Eigenschaft des Staates — insbesondere hinsichtlich der ihm eingegliederten Teilordnungen oder Gemeinwesen — zu eliminieren, so fest hält sie an diesem Merkmal im Bereiche des Völkerrechtes, wo es gilt, das rechtliche Verhältnis des Staates zu anderen Staaten zu bestimmen. Welch seltsame Verkehrtheit! Denn so unentbehrlich die Souveränität ist, um eine Ordnung oder das sie personifizierende, sie vergegenständlichende Gemeinwesen gegenüber niederen, eingegliederten, unterstellten Ordnungen oder Gemeinwesen wesentlich zu differenzieren, so unvereinbar ist die Souveränität als Attribut des Staates mit der Annahme der Koexistenz anderer, prinzipiell gleichgestellter, ebenso souveräner Staaten unter einer über allen diesen Staaten stehenden, sie verbindenden Ordnung des Völkerrechtes.

Indes ist diese Vorstellung von dem Verhältnis des Völkerrechtes zu der staatlichen Rechtsordnung weder die einzig mögliche, noch auch die vorwiegende oder auch nur eine in der herrschenden Lehre konsequent durchdachte Konstruktion. Man denkt sich das Völkerrecht auch als eine dem staatlichen Rechte subordinierte, von diesem delegierte oder ihm eingegliederte Ordnung, oder man versucht, das Völkerrecht in gänzlicher Unabhängigkeit von der staatlichen Rechtsordnung als ein diesem gegenüber selbständiges Normensystem vorzustellen. Dann freilich bleibt die Souveränität des Staates gewahrt. Vom Standpunkt einer Theorie des Völkerrechtes erscheint somit



das Problem der Souveränität geradezu identisch mit dem Problem des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Normensysteme. Auf dieses Verhältnis muß also des Näheren eingegangen werden.

Um das Wesen des damit gestellten Problems zu erkennen, muß man sich vor allem klar machen, daß es sich um eine Frage handelt, die letzten Endes nicht durch positivrechtliche Satzung beantwortet werden kann. Sicherlich ist es möglich, daß eine staatliche Rechtsordnung ihr Verhältnis zum Völkerrecht in einem Rechtssatze festlegt, indem sie das Völkerrecht oder bestimmte Teile desselben als einen Bestandteil ihres eigenen Systems erklärt<sup>1)</sup>, oder aber auf die Herstellung eines solchen Verhältnisses ausdrücklich verzichtet. Auch wäre eine Norm des positiven Völkerrechts denkbar, die autoritativ eine bestimmte Relation zu den staatlichen Rechtsordnungen setzt. Allein jede dieser positiv rechtlichen Regelungen setzt schon eine bestimmte Hypothese über das Grundverhältnis der beiden Normensysteme voraus. Je nachdem ob man sich auf den einseitigen Standpunkt des staatlichen oder auf den des Völkerrechts stellt, verschiebt sich auch die Voraussetzung für die Lösung des Problems. Worauf es aber für die Rechtswissenschaft ankommt, ist das: Die möglichen Hypothesen systematisch zu entwickeln und in allen ihren Konsequenzen zu durchdenken.

In der neueren Theorie des Völkerrechts ist die Frage nach dem Verhältnis dieses Normensystems zum staatlichen Recht allzusehr in den Hintergrund gedrängt worden von dem Problem, ob dem Völkerrechte überhaupt, ob ihm der vollkommene oder der unvollkommene Rechtscharakter zukomme. Dennoch wäre gerade von einer Beantwortung der ersteren Frage ein weit sicherer Aufschluß über das Wesen des Völkerrechts zu erwarten als von der anderen, auf eine mehr oder weniger willkürliche Rechtsdefinition hinauslaufenden Problemstellung.

Die Frage nach dem Grundverhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht steht — auch in der gelegentlichen Bearbeitung seitens der herrschenden Lehre — im innigsten Zusammenhang (ja fällt zum Teil zusammen) mit der Lehre von den Quellen beider Ordnungen und ihrer gegenseitigen Beziehung, mit der Bestimmung des Gegenstandes oder Norm-Objektes beider Systeme und der Annahme einer Gleichheit oder Verschiedenheit desselben und mit dem Begriff des Adressaten, an den sich die Normen des Völker-

---

<sup>1)</sup> So neuestens die deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919, deren Art. 4 lautet: „Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.“

und des staatlichen Rechtes wenden, d. h. des Norm-Subjektes und den Problemen seiner Identität.

Diese Probleme sind keineswegs für das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht allein charakteristisch. Sie bieten sich ebenso einer Untersuchung der Beziehung zwischen Recht und Moral, wie überhaupt jeder Relation zweier Normensysteme. Diese wäre zunächst zu analysieren, d. h. klarzustellen, in welchem Verhältnis zwei Normensysteme als solche und unabhängig von ihrem besonderen Inhalt zueinander stehen können. Eine allgemeine Theorie des Normativen wäre die notwendige Vorarbeit für die Lösung dieses speziellen — und manches anderen — juristischen Problems.

Ueber dessen methodologische Natur herrscht in der neueren Theorie außerordentliche Unsicherheit. Von vornherein muß daher mit größtem Nachdrucke festgestellt werden, daß es sich um rein norm-logische Fragen handelt. Nicht irgendwelche psychologischen Beziehungen zwischen verschiedenen Willensträgern, nicht Wechselwirkungen faktischer Macht- und Herrschaftsverhältnisse sind zu suchen, sondern lediglich die möglichen logischen Relationen aufzudecken, die sich der Erkenntnis bieten, wenn versucht wird, mit zwei Ordnungen zu operieren.

Mit den naiven Augen der Durchschnittsvorstellung gesehen, scheinen sich auf den ersten Blick drei Grundmöglichkeiten zu bieten. Entweder die beiden Normsysteme sind voneinander gänzlich verschieden und unabhängig; sie stehen in keiner auf irgendeine Einheit zielenden Beziehung — und jede „Beziehung“ ist eben ein Einheitsbezug. Oder aber es besteht eine solche Beziehung, und diese ist dann das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zwischen beiden Systemen; oder das der Koordination, hergestellt durch eine gemeinsam über den beiden koordinierten Ordnungen aufgebaute, beide als Teilordnungen gleichermaßen umfassende höhere Ordnung.

Die letztere Möglichkeit kommt für das Verhältnis des Völkerrechts zur staatlichen Rechtsordnung mangels einer dritten auch über dem Völkerrecht stehenden Ordnung nicht in Betracht. Mit der Annahme, daß die Normensysteme A und B, die man irgendwie als gegeben betrachtet, tatsächlich und endgültig zwei Ordnungen nur unter der Voraussetzung darstellen, daß beide voneinander unabhängig sind und in keinerlei Beziehung zueinander stehen, ist — wie noch später näher zu zeigen sein wird — keineswegs die Möglichkeit einer gleichzeitigen und konkurrierenden Geltung beider gesetzt. Vielmehr ist die Annahme zweier Norm-

systeme, sofern ihre Geltung in Frage kommt, nur im Sinne einer Alternative denkbar; entweder das eine oder das andere Normsystem kann als gültig vorausgesetzt werden. Nicht aber beide zugleich. Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschließlichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystemes, was gleichbedeutend mit der notwendigen Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes ist.

## § 26.

### Die Verschiedenheit der „Quellen“.

Fragt man, worauf die Verschiedenheit zweier Ordnungen schließlich beruht, so erkennt man, daß es die Verschiedenheit der „Quellen“ ist, aus denen sich in deduktiver Entfaltung verschiedene Normensysteme ergeben. Innerhalb der unter allen normativen Gebieten am meisten theoretisch bearbeiteten Rechtswissenschaft ist dieser Begriff der „Quelle“ ein sehr geläufiger. Doch stellt er sich hier nicht in seiner Reinheit, sondern meist von psychologischen, soziologischen Elementen getrübt dar. Normquelle im allgemeinen wie Rechts(norm)-Quelle im besonderen ist nicht ein tatsächlicher Vorgang, ein seelisches oder gesellschaftliches Geschehen. Es handelt sich hier nicht um die Entstehung gewisser Normvorstellungen. Dieses Problem, soferne es überhaupt exakt lösbar ist, liegt gänzlich außerhalb der spezifisch normativen Betrachtung. Nicht um die Feststellung einer Ursache von Vorstellungen, Wollungen oder Handlungen als spezifischer Wirkungen innerhalb der sozialen Seinsebene, sondern um die Erkenntnis des Grundes für die Soll-Geltung einer Ordnung, um die Beziehung von Erkenntnisgrund und Folge innerhalb der Sollebene handelt es sich. Darum kann, weil der Grund für die Geltung von Normen immer wieder nur eine Norm sein kann, nur eine solche und zwar als letzte, oberste vorausgesetzt, als „Quelle“ gelten. Quelle ist der „Grund-Satz“, aus dem als aus seinem Ursprunge ein System von Normen erzeugt wird. In der Einheit und Besonderheit dieses Ursprungs, dieser Grundnorm, liegt das principium individuationis, liegt die Besonderheit einer Ordnung als eines Systems von Normen. Gänzlich in die Irre geht darum die normativ-juristische Erkenntnis, wenn sie als Rechtsquelle das Faktum einer Gewohnheit oder einer bewußten Satzung, die so benannten sozialen Tatsachen zu verstehen sucht. Denn es kann aus irgendeiner Seinstatsache keine Sollgeltung einer Norm abgeleitet werden; und nur als Inhalt einer —

Satzung oder Gewohnheit delegierenden — Norm kämen beide Momente überhaupt in Betracht. Diese Norm, die ein Verhalten als gesollt statuiert, das inhaltlich durch Satzung oder Gewohnheit bestimmt wird, kann als „Quelle“ gelten<sup>1)</sup>). Als Faktum, d. h. in der Form des Seins gedacht, sind Satzung oder Gewohnheit in demselben Sinn keine „Quelle“, wie sie kein Ursprung, kein Anfang oder Ausgangspunkt der normativen Erkenntnis, sondern selbst nur ein in der Kette von Ursache und Wirkung stehendes, nicht auszuschließendes Glied sind. Ebenso irrig ist es, wenn als Antwort auf die normlogische Frage nach der Quelle einer Rechtsordnung ein „Wille“ aufgesucht wird, sei es des Staates oder einer anderen Gemeinschaft, oder wenn man — was gerade bei Juristen häufig geschieht — die Rechtsquelle überhaupt nur als „Wille“ gelten lassen will. Nun mag es seine Berechtigung haben, das Recht oder sonst eine Ordnung als Wille zu bezeichnen. Es kommt hier zwar jene anthropomorphisierende Tendenz besonders stark zum Ausdruck, die das ganze Gebiet der von sinnlicher Anschaulichkeit weit entfernten Rechtserkenntnis beherrscht. Allein wenn man sich bewußt wird, daß der hier verwendete Willensbegriff jeden psychologischen Sinn abgelegt hat und in rein normativer Bedeutung auftritt, dann mag immerhin das Sollen, das die spezifische Geltungsexistenz der Ordnung bedeutet, und die Einheit dieser Ordnung ihren analogischen Ausdruck in dem Begriffe des ursprünglich und eigentlich nur menschlichen Willens finden, in dem Einheit und Sollen zum unmittelbaren Erlebnis wird<sup>2)</sup>). Und nur in jenem unpsychologischen Sinn, in dem das Wollen zum Sollen wird, kann als „Quelle“, sei es des Rechts, sei es einer anderen Ordnung, ein „Wille“, d. h. aber nur ein Soll-Satz als Grund und Ursprung einer Summe aus ihm abgeleiteter Sollsätze gelten, die zusammen mit ihm, weil von ihm umspannt, in ihm beschlossen, eine einheitliche Ordnung bilden. Doch kann nicht oft und nicht nachdrücklich genug auf die Gefahr dieser Terminologie hingewiesen werden, die immer wieder zu schweren Entgleisungen ins Psychologische, also in ein der normativen Betrachtung wesensfremdes, aber eben gerade jenes Gebiet führt, aus der diese Betrachtung ihre dem Sinne nach völlig geänderten Termini holt.

In seinem eigentlichen Sinne ist der Begriff der Quelle als ein letzter, ein höchster, als ein „Grund“-Satz zu verstehen, über den zwar faktisch weiter hinausgefragt werden kann, aber voraussetzungsgemäß nicht weiter hinausgefragt wird. „Quelle“ ist die als nicht

<sup>1)</sup> Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 97 Anm. 1.

<sup>2)</sup> Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 9 f.

weiter ableitbar vorausgesetzte Norm. Um als Beispiel ein möglichst einfaches Verhältnis anzuführen, sei wieder die Rechtsordnung eines absolut monarchischen Staates herangezogen. Die Rechtsquelle ist hier der Satz: Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt. Es ist dasselbe, was früher als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichnet wurde. Daß man diesen Satz als letzte, nicht weiter ableitbare Norm voraussetzt, darin liegt — wie früher gezeigt — ebenso die Positivität des Rechts wie die Souveränität des Staates <sup>1)</sup>. Hier ist festzustellen, daß nur dann zwei voneinander verschiedene, gänzlich unabhängige Normensysteme vorliegen, wenn sie aus zwei verschiedenen, voneinander gänzlich unabhängigen, d. h. auseinander in keiner Weise ableitbaren, aufeinander in keiner Weise rückführbaren „Quellen“ oder Grundsätzen, Ursprungsnormen entwickelt werden müssen.

### § 27.

#### Normobjekt (Gegenstand der Normierung) und Normsubjekt (Adressat).

Die Quelle ist sonach maßgebend für die Individualität einer Ordnung. Nicht dagegen — wie mitunter angenommen wird — der Inhalt der Ordnung, der Gegenstand der Regelung, das Norm-Objekt. Nur wenn zwei Ordnungen verschiedene Gegenstände regeln, weil sie auf verschiedene Quellen zurückzuführen sind, kann die Verschiedenheit des Normobjekts als ein sekundäres Element der Differenzierung zweier Ordnungen gelten. Nicht weil oder insofern das Recht etwa das äußere, die Moral das innere Verhalten der Menschen normiert, sind Recht und Moral zwei voneinander verschiedene Normsysteme, sondern nur deshalb und nur insofern, als beide auf verschiedene voneinander unabhängige Quellen zurückzuführen sind. Da aus der Idee der Ordnung an sich keineswegs deren unbegrenzte Ausdehnungsfähigkeit nach jeder Richtung sich ergibt, vielmehr die Beschränkung auf ein bestimmtes Gebiet — etwa menschliches Verhalten überhaupt, oder nur ein bestimmtes menschliches Verhalten, wie Handeln, Denken usw. — durchaus möglich ist, ist der Fall denkbar, daß zwei, ihrer Quelle nach verschiedene Ordnungen auch ihrem Inhalte nach sich auf verschiedene Objekte beziehen. Doch auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß zwei verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise das gleiche Normobjekt haben. Der Schluß ist jedenfalls falsch: weil Verschiedenheit der Quelle, darum notwendig auch Verschiedenheit des Objektes. Dabei wird „Objekt“ im Sinne eines von seiner Form abstrahierten Inhalts

<sup>1)</sup> Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 85 f.

verstanden. Eine solche Isolierung des Inhalts von seiner Vorstellungsform (hier „Sollen“, „Norm“) ist natürlich nur eine Fiktion. Der aus Form und Inhalt gebildete „Gegenstand“: das Recht oder die Moral usw. ist bei Verschiedenheit der „Quelle“ natürlich verschieden.

Haben zwei verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise das gleiche Normobjekt, dann ist die Frage nach der Möglichkeit des Normkonflikts gegeben. Der gleiche Norminhalt wird möglicherweise innerhalb des einen Normsystems als positiv, innerhalb des anderen als negativ gesollt statuiert, oder wie man sich auch ausdrücken kann, von der einen Ordnung geboten, von der anderen verboten. Beispiele zeigt das Verhältnis zwischen Recht und Moral oder Sitte und Religion. Solcher Normkonflikt könnte sich nur bei gleichzeitiger, konkurrierender Geltung beider voneinander unabhängiger Ordnungen ergeben und wäre mangels eines Einheitsbezuges zwischen beiden unlösbar. Da es die Aufgabe jeder Erkenntnis — auch der normativen — ist, zu einem System einander nicht widersprechender, innerlich zusammenhängender Urteile zu gelangen, oder mit anderen Worten: da Erkenntnis den sich darbietenden Widerspruch zu überwinden hat, bedeutet: daß die Annahme zweier selbständiger, voneinander unabhängiger Normsysteme die Möglichkeit eines Normenwiderspruches enthält, die Bestätigung des bereits eingangs aufgestellten Grundsatzes, daß zwei Normensysteme nicht gleichzeitig nebeneinander als gültig vorausgesetzt werden können, daß man stets nur mit dem einen oder dem anderen operieren darf. Das Postulat der Einheit normativer Erkenntnis ist gleichbedeutend mit der Ausschließlichkeit der jeweils als gültig angenommenen Ordnung.

Der Möglichkeit einer Identität des Normobjektes bei Verschiedenheit der Ordnung entspricht nicht die analoge Möglichkeit einer Identität des Normsubjektes. Daß sich zwei voneinander verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise an dieselben Personen als Adressaten wenden, ist — trotzdem die entgegengesetzte Meinung vielfach vertreten wird — nicht denkbar. Zur Sicherstellung dieser Behauptung bedarf es allerdings einer Klärung des Personenbegriffes und seines Verhältnisses zum Begriff der Ordnung<sup>1)</sup>. Ueberwunden werden muß die populär-juristische Vorstellung, die Person sei eine der Rechtsordnung gegenüberstehende, unabhängig von der juristischen, d. h. auf die Rechtsordnung gerichteten Erkenntnis existente Realität. Die deutliche Scheidung, welche die herrschende Lehre zwischen „Mensch“ (als biologisch-physiologischer Einheit) und „Person“ (als

<sup>1)</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des ersten Teiles S. 20 f.

spezifisch juristisch-normativem Gebilde) vollzieht, muß in ihrer vollen Konsequenz durchdacht werden. Das Rechtssubjekt — die physische wie die sogenannte juristische Person, welche letztere nicht um ein Haar mehr „juristisch“ ist als die sogenannte physische — hat keine Naturrealität, sondern — als Produkt juristischer Erkenntnis — nur die Natur des Rechtes selbst. Das spezifische „Subjekt“ der Rechtswissenschaft ist nichts anderes als eine von der juristischen Erkenntnis vollzogene Personifikation; und das Substrat dieser Personifikation kann — wie bereits in einem anderen Zusammenhang festgestellt wurde — nichts anderes sein als der Gegenstand der juristischen Erkenntnis: die Rechtsnormen. Nach irgendeinem, hier nicht näher zu untersuchenden Individuationsprinzip wird ein bestimmter Normenkomplex (etwa alle das Verhalten eines bestimmten Menschen, oder das gegenseitige Verhalten einer Mehrheit von Menschen bestimmenden Normen) als einheitliches System zum Zwecke größerer Anschaulichkeit personifiziert. So wird die „physische“ und die „juristische“ Person gesetzt, die beide nur als Hilfsbegriffe der auf das Erfassen und geistige Beherrschen des Rechtsnormensystems gerichteten Erkenntnis fungieren. Das Rechtssubjekt ist das Recht als Subjekt im Gegensatz zum Recht als Objekt, dem Recht im objektiven Sinne. Recht als Objekt ist nicht identisch mit dem Objekt des Rechtes, d. i. dem Inhalt des Rechtes. Normobjekt und Normsubjekt sind nicht analog gebaute Begriffe.

Ist diese Grundanschauung vom Wesen der Person richtig, so bedeutet die Verschiedenheit des Normsystems auch die Verschiedenheit der Normsubjekte dieses Systems, d. h. eben der Personifikationen einzelner Normkomplexe desselben oder des Systems als Ganzen. Hält man sich von dem allerdings weitverbreiteten Denkfehler frei, diese Personifikationen zu hypostasieren, dann fällt die Vorstellung von selbst in sich zusammen, die eine so große Rolle in der herrschenden Lehre spielt: Zwei verschiedene Normsysteme wenden sich an dasselbe Subjekt als an den identischen Adressaten ihrer Gebote und Verbote. Ist das Verhalten desselben Menschen Inhalt sowohl des Rechtes wie der Moral, dann liegt eine Konkurrenz des Normobjektes bei Verschiedenheit der Normsubjekte vor. Die Person des Rechtes und die Person der Moral sind eben verschiedene Personen.

Dem Bilde, dessen man sich in der Bezeichnung der Person oder des Normsubjektes als des „Adressaten“ der Norm bedient, entspricht die analoge Personifikation, mit der man die „Quelle“ der Ordnung als „Adressant“ der Normen, als „Autorität“ vorstellt. Der

Verschiedenheit des Adressaten entspricht in voller Parallelität die Verschiedenheit des Adressanten; so daß als Grundsatz zu gelten hat: Verschiedene Ordnungen entspringen ebenso verschiedenen Quellen oder A u t o r i t ä t e n , wie sie sich stets und begriffsnotwendig an verschiedene Personen oder Adressaten richten.

Die Erkenntnis von der eindeutigen Zuordnung einer bestimmten Person oder Personenkategorie zu einer bestimmten Ordnung führt zu einer wichtigen Konsequenz für das Problem des sogenannten Normen- oder Pflichtenkonfliktes.

Daß es einen objektiven Normenkonflikt als Widerspruch der Norminhalte zweier gleichzeitig in Geltung stehender verschiedener Ordnungen nicht geben könne, wurde bereits im Vorhergehenden festgestellt. Allein selbst die Möglichkeit einer solchen Normkonkurrenz im objektiven Sinn, eines solchen Konfliktes im Normobjekt vorausgesetzt, d. h. unter der einstweiligen Annahme, daß derselbe Inhalt, etwa dasselbe menschliche Verhalten, das Verhalten desselben Menschen, in verschiedenen Ordnungen in entgegengesetzter Sollgeltung auftritt, kann es doch keinen subjektiven Pflichtenkonflikt in dem Sinne geben, daß — wie man vorzustellen pflegt — innerhalb derselben Person zwei Ordnungen aufeinanderstoßen. Wenn für das sittliche Subjekt die Pflicht a gilt, dann kann wohl für das Rechtssubjekt die Pflicht des Inhalts non a gelten, allein das Subjekt der sittlichen Pflicht ist stets ein anderes als dasjenige der Rechtspflicht, selbst wenn es das Verhalten desselben Menschen ist, das den Inhalt beider Pflichten bildet. Die Person ist nur der Mikrokosmos im Verhältnis zum Makrokosmos der sittlichen oder der Rechtsordnung. Und ebensowenig wie in ein und derselben Ordnung die Inhalte a und non a zugleich gelten können, kann dieser Widerspruch als Konflikt der subjektiven Pflichten in einer und derselben Person bestehen. Denn auch die Einheit der Person ist nur die Widerspruchslosigkeit ihrer idealen Existenz.

Psychologisch allerdings — d. h. im Bereiche der Seinsebene — mag der Mensch einen Konflikt, einen Zweifel empfinden, ob er nach den Vorschriften dieser oder jener Ordnung handeln solle. Er ist vor die rein im Tatsächlichen befangene und normativ nicht zu entscheidende Wahl zwischen zwei voneinander verschiedenen Ordnungen gestellt. Und dieser „Konflikt“ kommt ebenso in dem Dilemma zum Ausdruck: ob er sittlich oder rechtlich, wie in dem, ob er als sittliche oder als Rechtsperson handeln will.

Der provisorisch vorausgesetzte Widerspruch zwischen zwei voneinander unabhängigen Ordnungen ist unlösbar, sofern er eben bei Annahme der Geltung beider Ordnungen nicht aufgehoben wer-



den kann. Voraussetzungsgemäß, denn dies ergibt sich aus der Unmöglichkeit, eine Ordnung auf die andere zurückzuführen. Aus dem eingangs Gesagten ist aber zu folgern, daß ein solcher Normenkonflikt überhaupt nicht zur Auflösung aufgegeben werden kann. Denn wenn auch gedanklich zwei verschiedene Ordnungen einander gegenübergestellt, also so behandelt werden können, als ob sie nebeneinander in Geltung stünden — so wie etwa die Sätze einer dreidimensionalen Geometrie mit denen einer vierdimensionalen verglichen werden — so kann doch jede besondere normative Betrachtung nur von einer einzigen Ordnung ausgehen, oder mit anderen Worten: Das Ergebnis jeder normativen Betrachtung, die gültige Sollsätze erkennen will, kann immer nur ein logisch geschlossenes einheitliches Normensystem sein. Immer wieder muß betont werden: Die Einheit der Ordnung ist das Grundaxiom aller normativen Erkenntnis. Niemals kann z. B. der Jurist als solcher neben der Gültigkeit einer Rechtsnorm des Inhalts *a* eine gültige Moralnorn des Inhalts *non a* behaupten. Er kann nur sagen: wäre ich Moralist — was ich aber nicht bin — dann müßte ich die Geltung von *non a* annehmen. Innerhalb einer speziellen normativen Betrachtung ist ein echter objektiver Normenkonflikt undenkbar.

### § 28.

Das Verhältnis einer „höheren“ zu einer „niederen“ Ordnung: die Delegation oder Verweisung.

Wenn von einer Beziehung zweier Normensysteme gesprochen wird, muß ihre gleichzeitige Geltung vorausgesetzt sein. Ist aber eine solche „Beziehung“ angenommen, dann ist damit schon die endgültige „Zweiheit“ aufgegeben und nur als eine vorläufige erkannt, die letzten Endes in der Einheit jener „Beziehung“ aufgeht, die zu suchen ist.

Von den möglichen Beziehungen zweier Normensysteme kommt mit Rücksicht auf das Verhältnis des Völkerrechts zur staatlichen Rechtsordnung zunächst nur das der Ueber- und Unterordnung in Betracht. Die Nebenordnung zweier Normensysteme ist nur mit Hilfe einer über den beiden koordinierten Systemen stehenden, sie gegenseitig abgrenzenden und so koordinierenden Ordnung denkbar. Auch dieses Verhältnis stellt sich somit als ein solches der Ueber- und Unterordnung dar. Von unmittelbarer Bedeutung wird dieser spezielle Fall für das Verhältnis der einzelstaatlichen Rechtsordnungen zueinander mit Beziehung auf das ihnen gemeinsame Völkerrecht.

Worin besteht nun die Unterordnung, in der ein Normensystem zu einem anderen, übergeordneten gedacht werden kann? Ein Norm-

system ist einem anderen „untergeordnet“, wenn es seine Geltung aus einer „höheren“ Ordnung ableitet, die als „über“ der anderen Ordnung stehend gedacht wird. Eine Ordnung, die ihre Geltung aus einer höheren Norm ableitet, entbehrt der Souveränität. Die Vorstellung der „Unter- und Ueberordnung“, der Eigenschaft des „höheren“ und „niederen“ sind Verbildlichungen des logischen Verhältnisses der Deduktion, mit der die Geltung des Soll-Urteils, das die „niedere“ Norm darstellt, aus dem nicht weiter ableitbar (d. h. souverän) gedachten Soll-Urteile, mit welchem die „höhere“ Norm dargestellt wird, sich erschließen läßt oder mit anderen Worten „erzeugt“ wird. Schon diese rein logische Beziehung zeigt, daß die niedere Ordnung, weil und soferne sie aus einer „höheren“ abgeleitet wird, in dieser höheren Ordnung beschlossen sein muß. Im Falle eine Unter- und Ueberordnung zwischen zwei Normensystemen angenommen wird, kann im Grunde gar nicht mehr von zwei verschiedenen Ordnungen gesprochen werden. Denn die niedere muß als in der höheren enthalten, muß als deren Bestandteil gedacht werden. Es ist nur ein einziges Normensystem gegeben. Die Vorstellung von zwei Ordnungen kann keine endgültige sein. Wenn eine Ordnung ihrer Geltung nach aus einer höheren erzeugt werden kann, dann muß sich in der „höheren“ Ordnung eine Norm finden, die als „Quelle“ für die niedere fungiert. Die Einheit dieser „Quelle“ ist es, die die Individualität der niederen, abgeleiteten Ordnung ausmacht und sie als ein geschlossenes Ganzes „unter“ der „höheren“ Ordnung vorstellen läßt. Das einfachste Beispiel für ein derartiges Verhältnis der Ueber- und Unterordnung bietet innerhalb der staatlichen Rechtsordnung die Beziehung von Gesetzes- und Verordnungsrecht. Unter den in Gesetzesform erscheinenden Rechtssätzen bestimmt einer — als ein reiner Blankettrechtssatz — daß innerhalb eines bestimmten Bereiches unter bestimmten Bedingungen geschehen solle, was nicht in Form des Gesetzes (Parlamentsbeschluß), sondern in der Form der Verordnung (genereller Befehl bestimmter Exekutivorgane) angeordnet werde. Der Blankettrechtssatz enthält eine „Verweisung“ oder „Delegation“ und bildet als solcher die „Quelle“ für alle in Form der Verordnung auftretenden Rechtsnormen, die für sich ein einheitliches, dem System der Gesetzesrechtssätze untergeordnetes Normensystem darstellen. Allein gerade diese Delegation oder Verweisung zwingt die juristische Erkenntnis, rückläufig die Normen des Verordnungssystems in die höhere, delegierende Ordnung zu verlegen, sie dorthin „zuzurechnen“, von wo die Verweisung ausgeht. In dieser Delegation oder Verweisung ist rechtlich nichts anderes als eine „Ermächtigung“ zu er-

blicken. Und es liegt rechtslogisch der gleiche Gedanke vor, ob man den die Delegation enthaltenden Blankettrechtssatz als einen Rahmen vorstellt, der von den delegierten Verordnungsrechtssätzen ausgefüllt wird, oder ob man im Sinne der in der Delegation gelegenen Ermächtigung die Normen der ermächtigten Stelle der ermächtigenden Autorität zurechnet, so wie man die Rechtshandlung des Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber zurechnen muß. Delegation, Verweisung, Ermächtigung, Vollmacht, all dies sind im Grunde genommen — wenn nicht überhaupt Synonyma — so doch nur Spielarten des gleichen normlogischen Verhältnisses, das seinem Wesen nach keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist.

Die Einheit des übergeordneten mit dem untergeordneten Systeme aber bewährt sich in der Unmöglichkeit eines logischen Widerspruchs zwischen dem Inhalt der Normen beider Systeme. Wie immer man das Verhältnis konstruieren mag, bei dem ein Normensystem einem höheren als untergeordnet erscheint, niemals wird — rein normlogisch betrachtet — eine Norm der niederen Ordnung zu einer solchen der höheren Ordnung kontradiktorisch entgegengesetzt sein können. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Umstande, daß das Verhältnis der „Ueber- und Unterordnung“ nur die bildliche Darstellung des Verhältnisses der logischen Ableitung ist. Und weil „Verweisung, Delegation und Ermächtigung“ gleichsam nur Uebersetzungen dieser logischen Grundrelation in die normative Terminologie sind, ist es begrifflich unmöglich, daß eine (die höhere) Ordnung auf eine Norm oder Ordnung (die niedere) „verweist“, zur Setzung einer Norm oder Ordnung delegiert oder „ermächtigt“, die sich zu der höheren Ordnung in Widerspruch setzt. Das liegt im Begriffe der Verweisung, Delegation oder Ermächtigung. In der spezifischen Rechtssprache — der Terminologie der auf Rechtsnormen gerichteten Erkenntnis — sagt man: Jede Norm des untergeordneten Systems, die sich zu der höheren Ordnung ihrer Quelle in Widerspruch setzt, ist von vornherein nichtig, d. h. ist überhaupt keine gültige Norm, ist nicht als gegeben zu betrachten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verweisung, Delegation oder Ermächtigung mit oder ohne Kompetenzabgrenzung für die niedere Ordnung erfolgt. Daß eine sachlich über die gezogenen Grenzen greifende Norm mangels jeder Geltungsquelle, jedes Geltungsgrundes nichtig sein muß, leuchtet von vornherein ein. Dagegen scheint im Falle einer — theoretisch immerhin denkbaren — Delegation ohne jede Begrenzung der ermächtigten Autorität auch die Satzung einer der delegierenden Ordnung widersprechenden Norm möglich. Doch erweist sich dies bei näherer Betrachtung als ein Irrtum. Denn hier derogiert die jüngere Norm

des delegierten Systems der mit ihr im Widerspruch stehenden älteren der höheren Ordnung nach dem Prinzip *lex posterior derogat priori*. Im Falle einer begrenzten Delegation, d. h. wenn eine Ordnung nur innerhalb bestimmter Grenzen auf die Geltung anderer Normen verweist, eine Ermächtigung zur Normensetzung nur für ein fest abgestecktes Gebiet erteilt ist, gilt der Grundsatz der *lex posterior* nur innerhalb dieser durch die Delegation begrenzten Kompetenzsphäre. Darüber hinaus, d. h. wenn die delegierte Autorität eine Norm setzen würde, die die Kompetenz überschreitend, sich mit der delegierenden Ordnung in Widerspruch setzt (und jede Kompetenzüberschreitung bedeutet solch einen Widerspruch) gilt der Satz *lex prior derogat posteriori*, d. h. es tritt Nichtigkeit des die Abänderung versuchenden Satzes ein; die Abänderung ist ausgeschlossen.

### § 29.

Die Abänderung der Rechtsordnung; die Verweisung auf die Normen der Moral und auf die durch Rechtsgeschäft zu setzenden Normen.

Das Wesen der Einheit, die zwei nach der Relation der Ueber- und Unterordnung miteinander verbundene Normsysteme im tiefsten Grunde bilden, erhellt auch aus der Erkenntnis, daß die Grundbeziehung, die zwischen zwei einander über- und untergeordneten Systemen besteht, die gleiche ist wie das Verhältnis, das zwischen einem Normsystem und den ihm neu hinzutretenden Normen erkannt werden muß.

Ein Normsystem ist ein logisch geschlossener Komplex von Normen, deren innere Widerspruchslosigkeit, deren Einheit man dadurch zum bildlichen, fiktiv-anthropomorphistischen Ausdruck zu bringen pflegt, daß man von einem einzigen Willen als dem Träger dieser Ordnung spricht, daß man alle Norminhalte gleichzeitig und nebeneinander als von einem einzigen Subjekte gewollt vorstellt. Jedes solche Normsystem ist auch in diesem Sinne als „geschlossen“ anzusehen, daß es an und für sich einer Erweiterung oder Abänderung nicht fähig ist. Da die Geltung jeder Ordnung, die als eine höchste vorausgesetzt wird — und nur von einer höchsten, souveränen, d. h. einer keiner anderen untergeordneten ist jetzt die Rede — nur aus dieser Ordnung selbst heraus begriffen, da insbesondere wie der Geltungsumfang so auch die Geltungsdauer der einzelnen Normen nur nach den Bestimmungen dieser Ordnung selbst beurteilt werden kann, ist es nicht möglich, daß zu dem Normenkomplexe eine neue Norm, den Gehalt des von der Ordnung ge-

setzten Sollens verändernd, gleichsam von außen hinzutrete; es wäre denn, daß die Ordnung eine Norm enthält, die Bedingungen dafür angibt, daß und wie neue Normen zu dem alten Komplex hinzutreten können. Da jede neu hinzutretende Norm eine Abänderung des ursprünglichen Ordnungszustandes bedeutet, auch wenn sie nicht im Widerspruch zu einer speziellen Norm geratend sich an ihre Stelle setzt, sondern nur eine Bindung statuiert, wo nach dem alten Ordnungszustand Freiheit bestand, muß jedes Normensystem, das Bedingungen dafür setzt, daß und wie neue Normen zu seinem ursprünglichen Normenkomplex hinzutreten können, als ein abänderbares — im Gegensatz zu einem unabänderbaren, das solche Bedingungen nicht statuiert — bezeichnet werden. Inwieweit dieser Begriff der Normänderung noch zu reduzieren ist, muß besonderer Erörterung vorbehalten bleiben. (Ebenso die Frage, welcher Natur eigentlich das grundlegende, die Einheit der Ordnung bei sich änderndem Normbestand garantierende Prinzip der *lex posterior* ist<sup>1)</sup>).

Indem eine Ordnung Bedingungen dafür statuiert, daß und wie sie abgeändert werden kann, vollzieht sie das gleiche, was früher als Verweisung, Delegation oder Ermächtigung bezeichnet wurde<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Abhandlung Reichsgesetz und Landesgesetz nach österr. Verfassung. Archiv des öffentl. Rechts Bd. 32, 1. Heft, und die Ausführungen von MERKL, Die Rechtseinheit des österr. Staates, Archiv des öffentl. Rechts Bd. 37, Heft 1, S. 75. Ich stimme nunmehr MERKL zu; die Einheit des Normsystems ist auf die Einheit des Ursprungs, der Ursprungsnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinn zurückzuführen. Der Satz *lex posterior derogat priori* gilt natürlich nur innerhalb desselben Systems, vorausgesetzt, daß dieses sich als ein abänderbares darstellt, d. h. daß sein Norminhalt variabel ist. Daß solche Abänderbarkeit nur auf Grund positiver Norm, nicht aber als selbstverständlich angenommen werden dürfe, hat MERKL von seiner positivistischen Grundposition aus richtig erkannt und demgemäß den Schluß gezogen: „Das Prinzip der *lex posterior* sei, richtig verstanden, nur der Ausdruck eines Rechtssatzes, welcher Rechtsänderungen, insbesondere Verfassungsänderungen vorsieht“ (a. a. O. S. 88). Eine andere Frage ist freilich, ob die Rechtsänderungen ermöglichende Norm die Ursprungshypothese selbst oder eine auf Grund dieser Ursprungsnorm erst gesetzte (oder gewohnheitsmäßig gebildete) Rechtsnorm ist. Doch macht das keinen Unterschied. Das wäre jedenfalls kurzsichtig, über der Forderung des Positivismus die hypothetische Grundlage, die Ursprungsnorm als Hypothesis jedes positiven Rechtssystems und damit die Möglichkeit zu übersehen, daß die Statuierung der Abänderbarkeit und damit der Satz der *lex posterior* schon in der Ursprungsnorm, d. h. aber im logischen Ursprung des betr. Rechtssystems gelegen ist. Damit verliert die Frage, ob der Satz der *lex posterior* ein rechtslogisches Prinzip oder ein positiv-rechtlicher Satz ist, eigentlich jede Bedeutung.

<sup>2)</sup> Den Begriff der „Verweisung“ verwendet in ausgiebiger Weise WALTER JELLINEK a. a. O. S. 89 ff.

Wenn die staatliche Verfassung die Bestimmung enthält, daß Rechtsnormen (in Hinkunft) durch vom Monarchen sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschlüß gesetzt werden, oder korrekter ausgedrückt: daß die Form des sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschlusses der Erkenntnisgrund dafür ist, daß der Inhalt dieses sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschlusses als Inhalt neuer, zu dem alten Normkomplex abändernd hinzutretender Rechtsnormen angesehen werden kann, so muß in solcher Bestimmung ganz ebenso eine Verweisung, Delegation oder Ermächtigung erkannt werden wie etwa in dem Rechtssatz, der die Regelung bestimmter Materien der Verordnungsgewalt, d. h. den Exekutivorganen überträgt, oder in einer gesetzlichen Vorschrift, die bezüglich der Frage, ob und wie unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren sei, auf die Sitte, eine Usance und dergleichen verweist.

Die gleiche Verweisung, Delegation oder Ermächtigung liegt aber auch vor, wenn die Rechtsordnung als gesollt statuiert, was durch den Willen der Parteien erst bestimmt wird. Auch der Begriff des Rechtsgeschäftes bedeutet eine solche Verweisung, Delegation oder Ermächtigung. In allen diesen Fällen enthält die ursprüngliche Ordnung nur ein — mehr oder weniger leeres — Blankett. Sie statuiert, daß etwas solle, das Wie jedoch läßt sie offen. Sie verweist auf einen anderweitig zu beschaffenden Inhalt des Blanketts oder — wie man sich personifizierend ausdrücken kann — sie delegiert oder ermächtigt eine Autorität zur Ausfüllung des Rahmens, den allein sie zunächst aufstellt. Autorität ist der durch die Verfassung delegierte „Gesetzgeber“ (z. B. die Nationalversammlung oder das Parlament in Verbindung mit dem Monarchen) ganz ebenso, d. h. aus demselben Rechtsgrunde wie die zur Verordnungserlassung ermächtigten Minister, die Sitte, auf welche das Gesetz verwiesen hat, oder schließlich die Parteien, die von der Rechtsordnung ermächtigt werden, im Vertrag ihre gegenseitigen Pflichten und Rechte zu bestimmen. In allen diesen Fällen steht einer ursprünglichen und „höheren“ Ordnung ein niederes, untergeordnetes, weil in seiner Geltung aus dem höheren abgeleitetes, delegiertes Normensystem gegenüber, dessen relative und provisorische Einheit auf einer Blankettnorm der höheren Ordnung beruht, aus der als der einheitlichen „Quelle“ dieses untergeordnete System seine Geltung ableitet. So steht gegenüber der „Verfassung“ als der ursprünglichen und ersten Grundordnung das System aller jener Rechtsätze, die im Wege der von der Verfassung bestimmten Gesetzgebung entstanden sind. Die „Verfassung“, d. h. die erste Ordnung ist nicht auf diesem erst durch sie bestimmten Wege entstanden. Denn sie ist die höchste, die primäre oder Grundordnung, der gegenüber die

ganze übrige Rechtsordnung einen sekundären, abgeleiteten, untergeordneten Charakter hat<sup>1)</sup>. Ganz ebenso ist das Verhältnis des Systems der Verordnungsrechtssätze zu der die Verordnungsgewalt delegierenden Rechtsnorm des Gesetzesrechtes oder der Verfassung im herkömmlichen Sinne, bzw. jener Ordnung, deren Bestandteil die delegierende, die „Quelle“ des Verordnungsrechtes bildende Blankett-norm ist.

Wenn die Rechtsordnung für einen bestimmt abgegrenzten Geltungsbereich auf Normen der Sitten, der Moral oder irgendeines anderen Normsystems verweist, das man sonst, d. h. von dieser Verweisung abgesehen, als der Rechtsordnung keineswegs untergeordnet, von der Rechtsordnung gänzlich unabhängig ansieht, so muß doch mit der Verweisung die Vorstellung einer Unterordnung der verwiesenen Normen unter die verweisende Rechtsordnung vollzogen werden. Keinen wesentlichen Unterschied macht es, daß in diesem Falle scheinbar keine Ermächtigung zur Neusetzung, zur „Erzeugung“ von Normen, sondern die Heranziehung bereits geltender Normen vorliegt. Denn einerseits ist bei dem Charakter der normlogischen Relationen, wie noch später näher zu zeigen sein wird, die Vorstellung des auf der psychologisch-soziologischen Seite liegenden Normerzeugungsprozesses für die hier in Betracht kommenden Verhältnisse irrelevant. Was man in den beiden vorbezeichneten Fällen und auch sonst eine Ermächtigung zur Normsetzung, Rechtserzeugung nennt, ist — von der normlogischen Seite aus gesehen — richtiger charakterisiert als die Statuierung der Bedingungen, unter denen der Inhalt der Grundordnung als geändert erkannt werden muß.

Andererseits aber ist es einfach unrichtig, im Falle einer Verweisung der Rechtsordnung auf Normen der Sitte oder irgendeiner anderen Ordnung von der Heranziehung „bereits geltender Normen“ zu sprechen. Als Rechtsnormen gelten diese delegierten Normen erst von dem Augenblicke und nur kraft der Verweisung durch die Rechtsordnung, aus der ihre spezifische (Rechts-)Geltung abgeleitet werden muß. Eine andere Geltung aber als diese Rechtsgeltung kann vom Standpunkte juristischer Betrachtung überhaupt nicht in Frage kommen. Weil — wie bereits wiederholt bemerkt — von einem

---

<sup>1)</sup> Vgl. dazu die Ausführungen von SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Zeitschrift für öffentl. Recht, Wien 1919, I. Bd. S. 132 ff. SANDER hat sehr treffend die „Erzeugung“ des Rechtssystems aus einer einheitlichen Voraussetzung, einer „Hypothese“, in Analogie zu der logischen Erzeugung des Systems der Natur gesetzt und so eine überaus fruchtbare Parallele (nicht Identität!) zwischen rechtswissenschaftlichen und naturwissenschaftlichen Problemen gezogen.

einheitlichen Standpunkte aus — ob er nun ein juristischer, moralischer oder sonst ein normativer sein mag — immer nur eine Ordnung als gültig vorausgesetzt werden kann. Im logischen Sinne führt aber die Delegation von Moralnormen ganz ebenso zu einer „Erzeugung“ von Rechtsnormen wie die Delegation der Verordnungsgewalt.

Auch die Normen, die im Rechtsgeschäft kraft Ermächtigung durch die Rechtsordnung von dem Willen der Parteien gesetzt werden und ihre individuellen Pflichten und Rechte bestimmen, sind als untergeordnete Normensysteme zu erkennen, die ihre Geltung aus dem das Rechtsgeschäft betreffenden Rechtssatz ableiten<sup>1)</sup>. Auch dieser ist ein — wenn auch in den verschiedenen Fällen verschieden weitgehender Blankettsatz; denn in ihm erklärt die Rechtsordnung als ihren „Willen“, man solle sich so verhalten, wie man im Vertrag usw. übereinkommen werde. Wenn man die Rechtsordnung, nicht aber den Willen der kontrahierenden Parteien als diejenige Autorität bezeichnet, von der die Verpflichtung und Berechtigung ausgeht, so greift man eben auf die letzte Quelle, auf die höchste Ordnung zurück, aus der die Geltung der individuellen Normen — dieser früher treffend mit „Privatautonomie“ bezeichneten Parteiwillkür — abzuleiten ist. So kann man auch jede gesetzliche Bestimmung als durch die Verfassung angeordnet, als verfassungsmäßig erklären. Tieferer Erkenntnis kann es nicht verborgen bleiben, daß zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft das gleiche normlogische Grundverhältnis vorliegt, wie zwischen der Verfassung, als der ersten primären Ordnung, und dem aus ihr abgeleiteten System des Gesetzesrechtes<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Bei den durch Rechtsgeschäft gesetzten Normen ist allerdings — um Mißverständnisse zu vermeiden — eine gewisse Einschränkung ausdrücklich zu machen. Da Recht eine Zwangsordnung ist, jeder Rechtssatz — als kleinste Einheit des Rechts — alle wesentlichen Elemente des Rechts enthalten muß, können die meist individuellen Normen des Rechtsgeschäftes nur in Verbindung mit dem — durch die Behörden in einem bestimmten Verfahren zu vollziehenden — Zwang der Exekution vollständige Rechtssätze ergeben. Im Rechtsgeschäft werden die Parteien zunächst nur ermächtigt, Bedingungen zu setzen, unter denen Zwang geübt werden soll. Nur wenn man von dem Zwangsmoment als dem gemeinsamen Faktor abstrahiert und das — vom Standpunkt des an der Rechtsordnung interessierten Subjektes relevante — zwangsvermeidende Verhalten (unter der Hypothese: man soll Zwang vermeiden) als Inhalt von Normen vorstellt, kann man den Inhalt des Rechtsgeschäftes für sich allein als ein System von Normen erkennen, die — mit Rücksicht auf die primären, Zwang anordnenden Rechtsnormen — als sekundäre Rechtsnormen bezeichnet werden dürfen.

<sup>2)</sup> Die Erkenntnis, daß von der Verfassung (im rechtslogischen Sinne) bis zum Rechtsgeschäft die durchgängige Einheit eines stufenförmigen Aufbaues



Und wenn man diese gleichsam an unterster Stelle der großen Normpyramide stehenden Normsysteme der Privatautonomie schließlich doch nur als einen Bestandteil der einheitlichen, obersten Rechtsordnung denkt, wenn man die durch Rechtsgeschäft statuierten Normen in die Grundordnung zurückverlegt, innerhalb des Blankettrechtssatzes vorstellt, aus dem man ihre Geltung ableitet, so geschieht dies aus ganz demselben Grunde und mit ganz dem gleichen Rechte, mit dem man die Normen der Moral, auf die ein Rechtssatz verweist, als Rechtsnormen und Bestandteil der einheitlichen Rechtsordnung gelten läßt, oder die Normen einer Verordnung dem Gesetzesrechte zurechnet, in die Form des Gesetzes rückverlegt und schließlich nicht neben der primären Ordnung der Verfassung eine zweite, sekundäre, aus der ersteren abgeleitete Rechtsordnung dauernd unterschieden hält, sondern beide als durchgängige Einheit denkt: Weil die niedere Ordnung aus der höheren abgeleitet, als in ihr beschlossen gedacht werden muß.

Indem man erkennt, daß es das Verhältnis der höheren zu der aus ihr abgeleiteten niederen Ordnung ist, das in der Beziehung einer abänderbaren Ordnung (einer Ordnung mit variablem Norminhalt) zu den neuen, ihrem ursprünglichen Normenkomplex hinzutretenden Normen vorliegt, vollzieht sich auch die Ueberwindung jenes dynamischen Elementes, das in der Vorstellung der Normänderung gelegen ist: denn jede Aenderung muß — um von der statisch normlogischen Betrachtung überhaupt erfaßt werden zu können — auf eine Bestimmung der ersten Ordnung des ursprünglichen Normenkomplexes zurückgeführt, von dieser delegiert und so gleichsam in nuce schon vorweggenommen vorgestellt werden. Jede Ordnung, die sich dadurch als „abänderbar“ deklariert, daß sie Bedingungen dafür statuiert, wann und wie der Inhalt einer ihrer Normen als geändert anerkannt werden kann, enthält alle möglichen Aenderungen schon in dem Blankett der diese Bedingungen statuierenden Norm; sie birgt alle denkbaren Variationen ihres Norminhalts potentiell in sich. In

---

besteht, daß es ein Vorurteil ist, das Recht nur in der generellen Form des Gesetzes zu erfassen, daß sich von der Verfassung über Gesetz und Verordnung bis zum Verwaltungsakt und Privatrechtsgeschäft die stetige Konkretisierung oder Individualisierung des Rechts, seine Verdichtung aus der allgemeinen Form — der Verfassung — zu der höchst besonderen der subjektiven Pflichten und Rechte vollzieht, hat MERKL sehr treffend ausgeführt. Vgl. insbesondere dessen Abhandlung: Das Recht im Lichte seiner Anwendung. Deutsche Richterzeitung 1917. Hier hat MERKL auch die Relativität des Gegensatzes von Rechtserzeugung (Gesetz) und Rechtsanwendung (Rechtsgeschäft) dargestellt. Vgl. auch desselben Autors Aufsatz: Das doppelte Rechtsantlitz Jurist. Blätter, Wien 1918.

diesem Sinne ist sie sich stets gleich, ist in ihrer Identität stets unveränderbar. Und diese — allgemein anerkannte — formelle Identität einer Ordnung trotz ihres wandelnden Inhalts ist die gleiche normlogische Tatsache wie die Einheit der „höheren“ und der aus ihr abgeleiteten „niederen“ Ordnung <sup>1)</sup>).

### Sechstes Kapitel.

## Die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht: die dualistische Konstruktion.

### § 30.

#### Einstellung des Problems.

Für das Verhältnis der staatlichen Rechtsordnung zu dem Normensystem, das man unter dem Namen des Völkerrechts begreift, kommt — wie bereits eingangs bemerkt — denkbarer Weise entweder die Möglichkeit zweier voneinander unabhängiger, voneinander verschiedener Ordnungen oder aber eine gegenseitige Ueber- und Unterordnung beider Normensysteme in Betracht. Im letzteren Falle wird zu entscheiden sein, ob das Völkerrecht der staatlichen Rechtsordnung oder ob staatliches Recht der Völkerrechtsordnung subordiniert gedacht werden muß <sup>2)</sup>).

Fragt man, welcher Anschauung in diesem Punkte — der für die Konstruktion des Völkerrechts grundlegend sein muß — die herrschende Lehre zuneigt, so zeigt sich ein recht unsicheres und widerspruchsvolles Hin- und Herschwanken der Theorie, die sich die prinzipiellen normlogischen Beziehungen noch nicht klar zum Be-

<sup>1)</sup> Die Vorstellung, daß jede mögliche Aenderung der Norminhalte, jede mögliche Konkretisierung schon in der Ursprungshypothese in nuce enthalten sei, diese Auffassung des Rechts als eines statischen Systems steht durchaus nicht im Widerspruch zu der Erkenntnis einer dynamischen „Erzeugung“ des Rechtssystems aus einem einheitlichen Ursprung, in einem kontinuierlich von der Hypothese der Verfassung bis zu dem jeweiligen Akte letzter Konkretisation fortschreitenden Prozeß. Vgl. dazu die Darstellung SANDERS a. a. O. S. 150: „Die Dynamik der Methode durchströmt lösend die Statik des Systems.“

<sup>2)</sup> Monographisch behandelt ist das Problem des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht von TRIEPPEL, Völkerrecht und Landesrecht, 1899. — HEILBORN, Grundbegriffe des Völkerrechts (Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Stier-Somlo, I. Bd., I. Abt. 1912) widmet der Frage ein eigenes Kapitel. Grundlage der Konstruktion des Völkerrechts wird dessen Verhältnis zur staatlichen Rechtsordnung in der Abhandlung von VERDROSS, Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschrift für Völkerrecht, Bd. VIII, S. 329 ff.

wußtsein gebracht hat. Keine der beiden Grundanschauungen wurde bisher wirklich konsequent durchgeführt, vielmehr werden mit jeder Konstruktion Elemente der entgegengesetzten — nicht ohne Widerspruch natürlich — zu verbinden gesucht.

Wenn man, wie das versucht wurde<sup>1)</sup>, staatliches Recht und Völkerrecht als zwei voneinander verschiedene Normsysteme gelten läßt, die aus zwei verschiedenen „Quellen“ abgeleitet werden, dann muß man unverweigerlich die Konsequenz akzeptieren, daß eine gleichzeitige Geltung beider Ordnungen, oder richtiger: daß eine Geltung beider Ordnungen von demselben einheitlichen Standpunkte aus unmöglich ist. Genau so wie bei völliger gegenseitiger Unabhängigkeit des Rechts von der Moral der Jurist als solcher von der Moral, der Moralist aber vom Recht absehen muß, so kann — werden staatliches Recht und Völkerrecht als zwei disparate Normkreise vorausgesetzt — der auf der Basis einzelstaatlicher Rechtsordnung Stehende und in diesem Sinne als „Jurist“ Bezeichnete die Geltung völkerrechtlicher Normen in seinem Betrachtungsbereich nicht erfassen. Ein Völkerrecht, das auf einen von der Quelle staatlichen Rechts gänzlich verschiedenen Ursprung zurückgeführt wird, ist für den „Juristen“ ebenso überhaupt nicht vorhanden, wie die Moral. Und umgekehrt.

Allerdings muß zweifelhaft sein, ob — ein solches Grundverhältnis vorausgesetzt — die gleichartige Bezeichnung beider Normsysteme als „Recht“ noch zulässig und ob nicht gerade in dieser Bezeichnung, viel mehr aber noch in der allgemein akzeptierten Annahme, die Wissenschaft des Völkerrechts sei ebenso wie die des staatlichen Rechts eine juristische Disziplin, letzten Endes doch irgendeine Einheit beider Ordnungen postuliert werde. Dies ist jedenfalls gewiß, daß man nicht die These von der Disparität des staatlichen und des Völkerrechts vertreten, von der Annahme einer völligen Verschiedenheit beider Rechts-„Quellen“ ausgehen und dabei dennoch die Einheit alles Rechts betonen kann, wie solches wohl gelegentlich in der Literatur geschieht<sup>2)</sup>. Und es muß festgestellt

<sup>1)</sup> Vgl. dazu TRIEPEL a. a. O. S. 156: „Die quellentheoretischen Untersuchungen der vorigen Abschnitte haben zu dem Ergebnis geführt, daß wir Völkerrecht und Landesrecht als zwei verschiedene Rechtsordnungen begreifen müssen. Sie sind zwei Komplexe von Rechtssätzen; jeder einer anderen Quelle entstammend als der andere.“

<sup>2)</sup> Z. B. TRIEPEL, der — sehr charakteristisch für die Unklarheit und Unsicherheit des Einheitsgedankens in der heutigen Rechtswissenschaft — a. a. O. S. 2 ausführt: „Alles Recht hängt unter sich eng zusammen, kein Teil trägt strenge Absonderung. Nur daß vielleicht die Zusammenhänge der Rechtszweige innerhalb des Gesamtgebietes der staatlichen Rechtsordnung offener

werden, daß wissenschaftliche Urteile völkerrechtlichen Inhalts — welche Völkerrechtskonstruktion immer man zugrunde legt — bei allen Theoretikern wie Praktikern doch stets nur in dem Sinne ergehen, daß die gleichzeitige Geltung der staatlichen Rechtsordnung nicht nur als möglich, sondern als notwendig vorausgesetzt wird, daß niemals ein prinzipieller Standpunktwechsel für notwendig erachtet wird, um von der Erkenntnis völkerrechtlicher Normen zu der Erfassung staatlichen Rechts zu gelangen. Der Bestand der heute als gültig vorausgesetzten Völkerrechtsnormen ist ein derartiger, daß er ohne die gleichzeitige ergänzende Geltung der staatlichen Rechtsordnungen zu einem sinnlosen Fragmente würde. Wenn aber staatliches Recht und Völkerrecht einander ergänzen sollen, müssen sie irgendwie eine logische Einheit bilden. Worauf es in diesem Zusammenhang ankommt, ist die Feststellung, daß der strenge Dualismus von Völkerrecht und staatlichem Recht zu Konsequenzen führt, die dem allgemeinen Sinne der in der heutigen Völkerrechtswissenschaft faktisch enthaltenen Sätze zuwiderlaufen, und daß die Zweifelsfrage nach der Rechtsnatur des Völkerrechts sich nicht eigentlich aus dem Fehlen oder Nichtfehlen des Zwangsmomentes bei diesen Normen, sondern prinzipiell schon daraus ergibt: ob Völkerrecht und staatliches Recht von ein und demselben und zwar von einem juristischen Standpunkt aus begriffen werden kann. Wenn man die Auffassung, nach der staatliches Recht und Völkerrecht zwei voneinander verschiedene, unabhängige

zutage liegen als die oft nur feinen Fäden, die vom Landesrecht ins Völkerrecht hinüberführen. Aber sind diese auch fein, so sind sie gleichwohl fest. Und darum können sie wohl, aber dürfen sie nicht übersehen werden“; nichtsdestoweniger hat er die Theorie vom „Dualismus der Quellen für Völker- und Landesrecht“ verhältnismäßig am weitesten getrieben, so weit, daß er die Möglichkeit völkerrechtswidrigen Landesrechts — sowie die einer rechtswidrigen Moral — behauptet (a. a. O. S. 168), ja sogar für denkbar hält, „daß ein und derselbe Satz gleichzeitig völkerrechtsgemäß und völkerrechtswidrig ist“ (!) (a. a. O. S. 235) und auf das entschiedenste leugnet, daß Völkerrecht zugleich Landesrecht, oder Landesrecht zugleich Völkerrecht sein könne (a. a. O. S. 111). Und doch ist bei Einheit des — Völker- und Landesrecht umfassenden — Rechtes nur das eine oder das andere möglich und die Vorstellung eines „rechtswidrigen Rechtes“ gänzlich ausgeschlossen. Auch HEILBORN erklärt a. a. O. S. 89: „Völkerrecht und Landesrecht sind voneinander unabhängig; das eine ist dem andern formell nicht untergeordnet.“ Aber dafür begnügt er sich, dem Postulat der Einheit des Rechtes und der Rechtserkenntnis in folgenden Sätzen Rechnung zu tragen (a. a. O. S. 87): „Der Mensch liebt es, das Recht als eine Einheit zu betrachten. . . . Hierbei mag es sich herausstellen, daß die ursprünglich vorausgesetzte Einheit nicht vorhanden ist oder an einer andern Stelle (!) besteht, als zunächst angenommen wurde.“ Gründlicher kann man freilich gar nicht die Grundlage der Rechtserkenntnis in Frage stellen.

Normsysteme sind, als eine „dualistische“ bezeichnet, so muß betont werden, daß ein Dualismus in dem Sinne nicht möglich ist: von ein und demselben Betrachtungsstandpunkt aus beide Ordnungen als gültig zu erkennen. Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung. Bei angenommener Disparität beider Ordnungen kann auch nicht von „Beziehungen“ zwischen ihnen in einer Weise gesprochen werden, die eine Projektion beider auf die gleiche Betrachtungsebene voraussetzt. Eine „dualistische“ Konstruktion des Völkerrechts könnte daher nur in dem Sinne möglich sein, daß die Betrachtung entweder vom Standpunkt der staatlichen Rechtsordnung oder von demjenigen des Völkerrechts ausgeht, wobei für jeden der beiden Standpunkte die Ordnung des andern nicht gegeben sein kann<sup>1)</sup>.

Die notwendige Einheit des Standpunktes normativer Betrachtung im allgemeinen, juristischer im besonderen bedeutet nichts anderes als die Einheit der Ordnung, und zwar der Rechtsordnung und somit die Unmöglichkeit eines logischen Widerspruchs innerhalb desselben Normensystems, das heißt vom normativen, juristischen Standpunkte aus. Wäre die dualistische Auffassung so zu verstehen, daß die staatliche und die Völkerrechtsordnung als zwei verschiedene, nebeneinander in Geltung stehende Ordnungen anzusehen sind, dann wäre sie vor die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Ordnungen gestellt, den sie zu lösen außerstande bliebe; womit sich diese „dualistische“ Konstruktion selbst aufhöbe, sofern sie dem Postulate der Einheit — dieser Grundvoraussetzung aller normativen Erkenntnis — widerspräche.

Allerdings ist bei prinzipieller Disparität zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht, das heißt bei völliger Verschiedenheit der Quellen beider Ordnungen ein Normenkonflikt nicht a priori not-

<sup>1)</sup> VERDROSS, dessen Verdienst es ist, den Versuch einer rein normologischen Untersuchung des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht unternommen zu haben, irrt, wenn er eine dualistische Konstruktion — eine Konstruktion „mit der doppelten Sollebene“ (a. a. O. S. 335) — in dem Sinne für möglich hält, daß die staatlichen Rechtsordnungen und das Völkerrecht gleichzeitig und nebeneinander in Geltung stehend vorausgesetzt werden. Vgl. a. a. O. S. 334 f. In diesem Sinne glaubt allerdings TRIEPEL — den VERDROSS als typischen Vertreter dieser Auffassung anführt — Völkerrecht und Landesrecht als zwei unabhängige und verschiedene Rechtsordnungen, als „zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden“ (a. a. O. S. 111) charakterisieren zu können. Allein was soll das bedeuten, daß sich diese Kreise „berühren“? Darin steckt ja im Grunde doch die — nicht ganz zum Bewußtsein gelangte — Erkenntnis von der irgendwie beschaffenen Einheit beider Ordnungen, die bei gleichzeitiger Geltung unvermeidlich ist.

wendig. Wenn beide Ordnungen verschiedene Gegenstände regelten, wäre ein Widerspruch zwischen beiden tatsächlich vermieden. Allein damit wäre keineswegs die Möglichkeit einer „dualistischen“ Konstruktion in dem zuletzt erwähnten Sinne gegeben. Denn nach wie vor lägen beide Ordnungen auf gänzlich verschiedenen Betrachtungsebenen und eine einheitliche Erfassung beider wäre ausgeschlossen. Ganz absehen muß man natürlich von jenem Falle, daß die gegenseitige Inhaltsabgrenzung zweier Ordnungen auf einer höheren, über beiden stehenden Norm oder Ordnung beruht; da sich in diesem Falle beide Ordnungen, auf eine gemeinsame Quelle zurückgeführt, letztlich als eine Einheit darstellen und so die Voraussetzung zweier verschiedener Ordnungen fallen gelassen ist. Der in der Völkerrechtstheorie gelegentlich vorgetragene Schluß muß als irrig zurückgewiesen werden: Weil Völkerrecht und staatliches Recht aus verschiedenen Quellen stammen, müssen beide auch verschiedene Normobjekte haben und können darum in keinen Normenkonflikt geraten<sup>1)</sup>. Aus der Verschiedenheit der Normquelle — die eine rein formelle Differenz bedeutet — ergibt sich in keiner Weise eine Verschiedenheit des Norminhalts. Dasselbe Objekt kann von den verschiedensten, aus gänzlich unabhängigen Quellen abgeleiteten Ordnungen geregelt werden. Das nächstliegende Beispiel bilden Recht und Moral, die man auf ganz auseinanderfallende Ursprünge zurückführen kann und dennoch ganz oder teilweise die gleichen Gegenstände normieren sieht. Ueberdies muß mit Nachdruck betont werden, daß bei Annahme zweier Ordnungen der Ausschluß eines Normenkonflikts sich nur aus der — keineswegs notwendigen — Verschiedenheit des Normobjekts, nicht aber aus der Verschiedenheit der Quellen ergibt, die im Gegenteil — bei Gleichheit des Inhaltes — die Möglichkeit des Konfliktes begründet!

### § 31.

#### Das Objekt des Völkerrechts.

Indes kann von einer Verschiedenheit des Normobjektes bei staatlichem Recht und Völkerrecht nicht ernstlich die

<sup>1)</sup> TRIEPEL a. a. O. S. 22: „Wenn es ein (TRIEPEL meint: vom Landesrecht verschiedenes, weil aus einer anderen Quelle stammendes) Völkerrecht gibt, muß es andere Beziehungen normieren als das Landesrecht“; und S. 254: „Ist das richtig (daß Völkerrecht und Landesrecht verschiedene Gegenstände regeln), so ist es zunächst undenkbar — wir stellten das schon früher in Kürze fest —, daß zwischen den beiden Quellen jemals ein Verhältnis der Konkurrenz eintreten könnte. Es ist ausgeschlossen, daß sie beide einmal denselben Tatbestand normieren wollten. So ist vor allem unmöglich, daß ein Satz der

Rede sein. Beide Ordnungen haben menschliches Verhalten zum Inhalt und es kann auch nicht behauptet werden, daß es von vornherein verschiedene, einander niemals kreuzende Bezirke menschlichen Verhaltens sind, die den Gegenstand beider Ordnungen bilden. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil die Ordnungen als durchaus abänderbare vorgestellt werden und in keiner der beiden Ordnungen eine Norm behauptet wird, die eine Einschränkung dieser Abänderbarkeit statuiert. Zumindest bei der staatlichen Rechtsordnung wird die unbegrenzte Abänderbarkeit, die Möglichkeit, jedes beliebige menschliche Verhalten zum Gegenstand ihrer Regelung zu machen, ganz allgemein angenommen.

Die in der juristischen Theorie vertretene Anschauung, daß staatliches Recht und Völkerrecht verschiedene Gegenstände regeln, beruht auf einer Komplikation von Irrtümern. Die Lehre wird etwa in der Weise vorgetragen: Das staatliche Recht ordnet die Verhältnisse zwischen Einzelmenschen als Untertanen des Staates, aber auch die Verhältnisse des übergeordneten Staates zu seinen Untertanen. Das Völkerrecht dagegen normiert die Beziehungen zwischen Staaten als gleichgeordneten Subjekten<sup>1)</sup>.

Zunächst bedarf es einer Richtigstellung der allgemein verbreiteten Vorstellung, die nicht nur im vorliegenden Falle, sondern auch sonst die Quelle von Irrtümern ist: daß das Recht „Beziehungen“ oder „Verhältnisse“ zwischen Subjekten regelt, so zwar, daß zu den irgendwie schon vorher gegebenen „Beziehungen“ das Recht ordnend hinzutrete. Das Recht regelt menschliches Verhalten, statuiert Pflichten und Berechtigungen, die menschliches Verhalten beinhalten. Erst durch die rechtliche Regelung werden die für die juristische Betrachtung relevanten „Beziehungen“ oder „Verhältnisse“ hergestellt, wird eine gegenseitige Bezogenheit, wird die Einheit der durch die Rechtsordnung statuierten Handlungen oder Unterlassungen „erzeugt“. Bedient man sich der Hilfsvorstellung des Rechts- oder Normsubjekts als der Person, der die von der Rechtsordnung als gesollt gesetzten Handlungen oder Unterlassungen zugerechnet werden, dann muß man sich bewußt bleiben, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen den „Personen“ juristisch nicht besteht. Das Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis zur Rechtsordnung, richtiger: innerhalb der Rechtsordnung, nicht ein Verhältnis zwischen — der Rechtsordnung gegenüberstehenden — Rechtssubjekten.

einen Rechtsordnung in Konflikt käme mit einem aus der anderen.“ Nichtsdestoweniger behauptet TRIEPEL die Existenz eines „völkerrechtswidrigen Landesrechtes“ a. a. O. S. 27, 272, 309.

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. TRIEPEL a. a. O. S. 11 ff., HEILBORN a. a. O. S. 88 ff.

Wenn man die Person oder das Rechts- und Pflichtsubjekt als der Rechtsordnung unterstellt denkt, so überträgt man auf die Personifikation des Pflichten- und Rechtenkomplexes, der Teilordnung, als welche die Person erkannt wurde, die dem Personifikationssubstrate anhaftende Eigenschaft des Abgeleitetseins aus der Rechtsordnung. Stellt man zwei Personen nebeneinander, dann müssen beide als der Rechtsordnung im gleichen Sinne untergeordnet vorgestellt werden. Sie müssen darum einander als koordiniert und jede nur der Rechtsordnung als unterworfen gedacht werden. Man kann das auch so ausdrücken, daß eine Person, als Subjekt von aus der Rechtsordnung abgeleiteten Pflichten und Rechten, eben weil in ihr nichts als die Personifikation von Pflichten und Rechten zum Ausdruck kommt, als solche in dieser ihrer rein formalen Qualität anderen Personen gegenüber keine Möglichkeit eines Mehrwerts, einer Niveaudifferenz hat. Sowie die Teilordnungen als deren Personifikationen die Rechtssubjekte erkannt wurden, letztlich in die eine und einheitliche Rechtsordnung zurückverlegt werden müssen, so sind die Hilfskonstruktionen der verschiedenen „Personen“ als auf ein und derselben Ebene stehend zu denken. Das gilt insbesondere auch für die als „Staat“ bezeichnete Person! Welche Konsequenzen aus dieser Ablehnung des Mehrwerts irgendeiner „Person“ gegenüber einer anderen für die durchaus auf dieser Vorstellung fußende Theorie des „öffentlichen“ Rechts folgen, ist in anderem Zusammenhange dargestellt worden<sup>1)</sup>. Hier genügt die Feststellung,

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 268 ff. und meine Abhandlung: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 31, S. 53 ff. KRABBE (Die Lehre von der Rechtssouveränität, S. 30 ff.) hat bereits vor mir die Theorie des Dualismus von öffentlichem und privatem Rechte, speziell das Dogma von dem „Mehrwert“ der Staatsperson aus der Idee des Rechtsstaats heraus bekämpft. Vgl. dazu auch WEYR, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv des öffentl. Rechts, 1908, S. 529 ff.

Erkennt man die „Person“ als Personifikation eines Normenkomplexes, einer Teil- oder Gesamtordnung, dann könnte man wohl ebenso wie „höhere“ und „niedere“ Ordnungen über- und untergeordnete Personen gelten lassen. Allein diese nur das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen bezeichnende Gradation hat mit der den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht begründenden Wertdifferenz nichts zu tun. Uebergeordnet ist eine „öffentliche“ Person einer „privaten“ nach herrschender Auffassung vermöge einer der ersteren innewohnenden besonderen rechtlichen Kraft oder Macht. Indem wir diese — politische Tendenzen verbergende — Rechtsmythologie ablehnen, behaupten wir die Gleichwertigkeit und Koordination aller Personen. Gegenüber der Rechtsordnung als solcher, dem Recht als Objekt (Recht im objektiven Sinne) erscheint jede „Person“, jedes Rechts-Subjekt (das Recht als Subjekt, das Recht im subjektiven Sinne) als das Abgeleitete und daher



daß der Staat als Person, d. h. als Subjekt von aus der Rechtsordnung abgeleiteten Pflichten und Rechten keiner anderen Person, die auch nur als Subjekt aus derselben Rechtsordnung abgeleiteter Pflichten und Rechte gelten kann, als übergeordnet angesehen werden darf. In der Personifikation der Rechtsordnung: der Staatsperson, die man sich als unter der Rechtsordnung stehend vorstellt, verzichtet die juristische Konstruktion auf die dem ursprünglichen Personifikationssubstrate zukommende Eigenschaft des Uebergeordnetseins, die ja nur der bildliche Ausdruck für die logische Relation ist, in der die Rechtsordnung zu den aus ihr abgeleiteten Rechtspflichten und Berechtigungen steht.

Ohne auf die Struktur des Begriffs einer Staatsperson näher einzugehen, sei in diesem Zusammenhange nur konstatiert, daß Beziehungen des Staates zu untergeordneten Personen, die nach einer typischen Lehrmeinung zum Unterschied von Beziehungen des Staates zu gleichgeordneten Subjekten (anderen Staaten), als dem Gegenstande der Völkerrechtsordnung, das Objekt staatlicher Rechtsordnung bilden sollen, überhaupt nicht denkbar sind; und daß Be-

der Rechtsordnung gleichermaßen „untergeordnet“, in dieser „Unterordnung“ jedem anderen Subjekte koordiniert. Das gilt auch von der Person des Staates. Denn in der Vorstellung des Staates als Rechts-Subjekt vollzieht man die Fiktion, als ob auch das Substrat dieser Personifikation zur Gesamtrechtsordnung im Verhältnis des Besonderen zum Allgemeinen stünde, als ob es sich um die Personifikation einer Teilrechtsordnung handelte.

Nur nebenbei sei hier auf die Konsequenz hingewiesen, zu der die Anschauung führt, das Völkerrecht regle das Verhältnis koordinierter Staaten. Im Sinne der herrschenden Auffassung des öffentlichen Rechtes, dessen Wesen darin bestehen soll, daß es nicht wie das Privatrecht die Beziehungen gleichgeordneter Subjekte, sondern im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung stehender Personen regelt, müßte das Völkerrecht Privatrecht sein. GIERKE, Deutsches Genossenschaftsrecht, 1868, I. Bd., S. 843 sagt auch: „Das gesamte Völkerrecht hat durchaus nur den Charakter von Privatrecht.“ Die herrschende Lehre zählt das Völkerrecht freilich unbekümmert um ihre Theorie zum öffentlichen Recht. — Die Verlegenheit, in der sich die übliche Systematik dem Völkerrecht gegenüber befindet, kommt drastisch in dem folgenden Bekenntnis zum Ausdruck: „Das Völkerrecht ist, wie wir gesehen haben, genau genommen weder Privatrecht noch öffentliches Recht, resp. es ist, weniger genau genommen, sowohl Privatrecht als öffentliches Recht. Es ist beides und keines von beiden. Keinesfalls aber ist es nur eines von beiden. Das Völkerrecht hat nicht die Natur des öffentlichen Rechtes, sondern es hat seine eigene Natur, die Natur des Völkerrechts“ (NIPPOLD, Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, 1894, S. 264). Also: Das Völkerrecht ist in bezug auf die das ganze Rechtsgebiet erschöpfende Einteilung in Privat- und öffentliches Recht: keines von beiden, beides und ein drittes

ziehungen der Staatsperson zu anderen Personen — soweit solche überhaupt juristische Relevanz haben, gar nicht Normobjekt, gar nicht Gegenstand oder Inhalt einer Ordnung, sondern Konstruktionen sind, die an das Subjekt, an den sogen. Adressaten der Ordnung anknüpfen. So zeigt sich schon jetzt, daß der Versuch, staatliches Recht und Völkerrecht nach der Verschiedenheit des Regelungsgegenstandes zu differenzieren, aus logischen Gründen mißlingen muß.

Wenn man der Anschauung ist, daß im Völkerrecht Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber, in der staatlichen Rechtsordnung aber Pflichten und Rechte des Staates seinen Untertanen gegenüber (und Pflichten und Rechte dieser untereinander) statuiert werden, so ist darin auch der Irrtum gelegen, daß — um in der üblichen ungenauen Terminologie und falschen Vorstellungsweise zu sprechen — in der staatlichen Rechtsordnung Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber nicht normiert werden, richtiger formuliert: daß auf Grund der staatlichen Rechtsordnung Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber nicht konstruiert werden können. Man darf aber niemals aus dem Auge verlieren, daß es letztlich immer nur menschliches Verhalten ist, das den Gegenstand der rechtlichen Normierung bildet. Auch Pflichten und Rechte des Staates haben keinen anderen Inhalt als menschliches Verhalten, so wie die Handlungen des Staates nur menschliche Handlungen sind, auf die Einheit der Rechtsordnung bezogen, dem „Staate“, der Personifikation dieser Rechtsordnung, zugerechnet werden. Es ist nicht einzusehen, warum die staatliche Rechtsordnung nicht ein menschliches Verhalten als gesollt statuieren können sollte, das ebenso als Inhalt einer Pflicht des Staates einem anderen Staate gegenüber gedeutet oder — was dasselbe ist: juristisch konstruiert werden kann, wie der Inhalt irgendeiner völkerrechtlichen Norm. Fragt man sich zunächst einmal, was eigentlich die Konstruktion einer Pflicht oder Berechtigung des Staates bedeute, so ergibt sich ein von der Rechtsordnung als gesollt gesetztes menschliches Verhalten, das auf Grund besonderer juristischer Kriterien mit der Personifikation der Rechtsordnung, dem Staate, verknüpft wird. Es würde in diesem Zusammenhange zu weit führen, zu zeigen, daß schlechterdings jede von der Rechtsordnung statuierte Pflicht oder Berechtigung als solche des Staates konstruiert werden, daß jede Erfüllung einer Pflicht oder Geltendmachung einer Berechtigung letzten Endes dem „Staate“ zugerechnet, als Staatsakt angesehen werden kann, daß es keine feste Schranke gibt, die verhindern könnte, den Staat als die einzige Person des Rechts — als die Rechtsperson *κατ' ἐξοχήν* zu erkennen.

Denn es gibt kein anderes juristisches Kriterium für die dem Staate zuzurechnenden Handlungen, es wäre denn, daß man aus der juristischen Betrachtungsweise, die ihre Erkenntnisgründe allein aus der Rechtsordnung holt, in die organisch-naturwissenschaftliche ausglitte, und die dem Staate zuzurechnenden Akte auf Grund unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung eines funktionierenden Organismus — als welcher der Staat hier vorgestellt werden müßte — zu bestimmen versuchte. Eine gewaltige Antinomie!

Allein das Problematische im Begriff der Staatsperson, die neben den anderen Rechtspersonen gedacht wird, der Staatspflichten und Rechte, die von den Pflichten und Rechten anderer Personen unterschieden werden, bleibe hier außer Frage. Die Vorstellung von Pflichten und Rechten, die dem Staate von der Rechtsordnung gesetzt sind, sei hier als gesichert angenommen. Und nur untersucht, ob solche von der staatlichen Rechtsordnung dem Staate statuierten Pflichten und Berechtigungen ihrem Inhalte nach — und nur eine inhaltliche Relation kann hier in Frage kommen — als einem anderen Staate gegenüber eingeräumt gedacht werden können. Die Verpflichtung, ein Darlehen zurückzuerstatten, kann nur in dem Sinne als einem andern, dem Gläubiger, gezollt vorgestellt werden, daß dem pflichtgemäßen Verhalten des Schuldners ein korrespondierendes, komplementäres Verhalten des Gläubigers — als Inhalt einer Berechtigung — entspricht. Der Satz: A ist berechtigt, die Darlehenssumme von B zu nehmen, ist nur ein anderer Ausdruck für den völlig gleichbedeutenden Satz: B ist verpflichtet dem A die Darlehenssumme zu geben. (Von dem technischen Begriff der Berechtigung ist hier nicht die Rede.) Der Inhalt jeder Verpflichtung stellt — im weitesten Sinne — eine Leistung und ihre komplementäre Empfangnahme dar. Wenn die Rechtsordnung den A zu einer Leistung an einen Verein verpflichtet, so ist der reine Inhalt dieser Norm eine menschliche Handlung, die zu ihrer Erfüllung eines anderen Menschen komplementäres Verhalten bedarf. Eines anderen Menschen! Und zwar eines bestimmten. Und zwar desjenigen, der von einer Spezialordnung bestimmt ist und dessen Verhalten kraft einer bestimmten Ordnung, des von der Rechtsordnung delegierten Vereinsstatuts, als Handlung des Vereines gilt, dem Verein — als Person gedacht — zugerechnet wird. Schon im vorhergehenden wurde angedeutet, daß die Rechtsordnung mittels des ihr zur Verfügung stehenden Behelfs der Delegation oder Verweisung auch andere Ordnungen in ihren Geltungsbereich ziehen kann. Zweifellos auch andere Rechtsordnungen. Jede staatliche Rechtsordnung enthält mannigfache derartige Verweisungen auf eine andere staat-

liche Ordnung. Nicht nur, wenn sie ihre Organe ermächtigt, Verträge mit anderen Staaten, d. h. mit Organen anderer Ordnungen, zu schließen, sondern auch in vielen anderen Fällen, z. B. wenn die Verfolgung eines Uebeltäters von dem Antrag eines anderen Staates abhängig gemacht wird usw. In allen diesen Fällen statuiert sie als Inhalt einer Rechtspflicht ein bestimmtes menschliches Verhalten, das sich aus dem komplementären Verhalten zweier Menschen zusammensetzt: den einen bestimmt die staatliche Rechtsordnung unmittelbar, die Bestimmung des andern vollzieht sie durch Verweisung auf eine andere Ordnung, die sie sich dadurch unterstellt. Ebenso wie Pflichten und Rechte gegen einen Verein staatlichen Rechts kann die Rechtsordnung Pflichten und Rechte gegen einen anderen Staat statuieren, zumal dessen Ordnung — durch die Verweisung — ebenso zu einem der staatlichen Rechtsordnung unterstellten Normensystem wird wie die Statuten des Vereines. Und die als Person konstruierte, delegierte Ordnung des anderen Staates erscheint der eigenen Staatsperson (das ist der Personifikation der delegierenden Rechtsordnung) gegenüber — als solche, das heißt als „Person“, als Subjekt von Pflichten und Rechten — ebenso koordiniert wie die Person des Vereins oder irgendeine andere „Person“.

### § 32.

#### Das Subjekt des Völkerrechts (der Normadressat).

Die Behauptung, daß das Völkerrecht Beziehungen von Staat zu Staat, das staatliche Recht dagegen nur Beziehungen von Staat zu Untertan oder der Untertanen untereinander zum Normobjekt habe, wurzelt in einer von der Völkerrechtstheorie fast ausnahmslos <sup>1)</sup> anerkannten Grundanschauung über das dem Völkerrecht spezifische Normsubjekt, über den Adressaten, an den sich die Völkerrechtsnormen wenden. Subjekt des Völkerrechts sind nur die Staaten. Da der Inhalt der Völkerrechtsnormen naturgemäß auch nur menschliches Verhalten sein kann, bedeutet dieser Satz zunächst: Die Völkerrechtsnormen statuieren ein Verhalten von Menschen, das niemals ihnen selbst, sondern kraft einer staatlichen Rechtsordnung deren Personifikation, ihrem Staate zugerechnet wird. Es muß frag-

<sup>1)</sup> Daß auch Untertanen Subjekte völkerrechtlicher Pflichten und Rechte sein können, behauptet z. B. W. KAUFMANN, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältnis der Staatsgesetzgebung und der Staatsorgane zu demselben, 1899, und REHM, Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, I. Bd. S. 53 ff. Vgl. dazu die späteren Ausführungen unten § 39. Vgl. auch LISZT, in der Festgabe der Berliner jur. Fakultät für GIERE, III. 1910, S. 38.

lich bleiben, ob die Völkerrechtstheorie imstande ist, diese Beschränkung im Inhalt des Völkerrechts aus dessen Quelle abzuleiten. Nur wenn ein Völkerrechtssatz dieses Inhaltes nachgewiesen werden könnte, wäre die behauptete Einschränkung gerechtfertigt. Allein wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß das Völkerrecht Staaten verpflichtet, wenn man also annimmt, daß die Menschen, deren Handlungen und Unterlassungen das Völkerrecht normiert, nicht unmittelbar von diesem, sondern durch die staatlichen Rechtsordnungen bestimmt werden, auf die die Völkerrechtsordnung somit „verweist“, die sie zu diesem Zwecke „delegiert“, dann ist die dualistische Konstruktion, dann ist die Annahme eines von der staatlichen Rechtsordnung der Quelle nach gänzlich verschiedenen Völkerrechts völlig ausgeschlossen. Dann muß zwischen der Völkerrechtsordnung und den von ihr delegierten, ihr somit unterstellten staatlichen Rechtsordnungen das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung und somit Einheit einer gemeinsamen und letzten Quelle, Einheit eines totalen das Völkerrecht wie die staatlichen Rechtsordnungen umspannenden Normensystems notwendig angenommen werden. Die Sätze, daß das Völkerrecht nur die Staaten verpflichte und daß es eine von den staatlichen Rechtsordnungen gänzlich unabhängige und verschiedene, weil aus einer anderen Quelle abgeleitete Ordnung sei, stehen zueinander in einem logischen Widerspruch. Um ihn zu begreifen, muß man allerdings erkannt haben, daß für die juristische Betrachtung Staat und Rechtsordnung identisch sind, so identisch, daß es einen Pleonasmus bedeutet von staatlicher Rechtsordnung zu sprechen. Und vielleicht zeigt sich diese Identität nirgends deutlicher und augenfälliger als gerade hier, wo die fundamentale Frage auftaucht: Wann ist eigentlich eine menschliche Handlung Staatsakt, auf Grund welches Kriteriums vollziehe ich die Zurechnung zum „Staate“? Und wo — gerade für diese Problemlage — als einzige mögliche Antwort die Erkenntnis sich aufzwingt, daß nur als Inhalt, nur als bestimmt qualifizierter Inhalt einer Norm und zwar einer Rechtsnorm menschliche Handlung als Staatsakt erkannt werden kann, daß der Staat nur die Ordnung und offenbar nur die Rechtsordnung menschlichen Verhaltens, daß die Person des Staates nur die Personifikation dieser Ordnungseinheit sein kann.

Daß die Völkerrechtstheorie unter dem „Staate“, den sie als Subjekt des Völkerrechts gelten läßt, den Staat der einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorstellt, kann wohl ernstlich nicht bezweifelt werden; ob man dabei Staat und Recht identifiziert oder den Staat als „Träger“ oder „Erzeuger“ des Rechts oder sonst in einem Verhältnis zum Recht denkt, ist gleichgültig, ein Verhältnis wechselseitiger

Bestimmung ist es auch nach der herrschenden Auffassung zunächst immer. Aus dem hier aufgezeigten Widerspruch könnte nämlich eine den Mut der Konsequenz aufbringende dualistische Konstruktion nur gelangen, wenn sie die Ordnungen, als deren Personifikation das mit „Staat“ bezeichnete Subjekt des Völkerrechts erscheint, von den ebenso bezeichneten Ordnungen staatlichen Rechts unterscheidet. Sie müßte von diesen staatlichen Rechtsordnungen, deren und des Völkerrechts Quellen sie gänzlich auseinanderfallen läßt, sofern sie die Geltung des Völkerrechts erkennt, als nicht vorhandenen, von ihrem Standpunkt nicht faßbaren Geltungen absehen. Nur in dieser radikalen Scheidung zweier voneinander normativ unabhängigen Ordnungen, die jedoch beide als „Staat“ bezeichnet werden und von denen die eine als der Völkerrechtsordnung unterstelltes Normensystem, die andere als zum Völkerrecht gänzlich beziehungslose Ordnung gedacht werden müßte, könnte die häufig versuchte — in ihren Konsequenzen aber noch nie durchdachte — Differenzierung zwischen einer staatsrechtlichen und einer völkerrechtlichen Persönlichkeit des Staates durchgeführt werden. Diese Möglichkeit muß allerdings zweifelhaft erscheinen. Denn daß sich aus einem von der Quelle staatlichen Rechts unabhängigen Ursprung alle jene Normen, das heißt jene ganze Ordnung ableiten läßt, die als Substrat für eine spezifisch völkerrechtliche Persönlichkeit des Staates notwendig ist, kann wohl kaum behauptet werden. Immerhin wäre der Versuch zu machen. Auf welche Schwierigkeiten er stoßen müßte, mag schon daraus erhellen, daß zur Aufgabe steht: die mannigfachen Staatspersönlichkeiten, das sind die Personifikationen der verschiedensten Ordnungsindividualitäten, mit ihren zahllos verschiedenen Bestimmungen über Organschaft unabhängig von den besonderen Rechtsquellen zu deduzieren, aus denen sich eben jene in den „staatsrechtlichen Persönlichkeiten“ personifizierten Rechtsordnungen ergeben. Dabei ist die Terminologie, nach der diese Personen des Völkerrechts als Staaten, also ebenso bezeichnet werden wie die Personifikation derjenigen Ordnung, die als staatliche Rechtsordnung von dem System der Völkerrechtsnormen prinzipiell getrennt wird, in demselben Sinne ungerechtfertigt und irreführend, wie die gleichmäßige Verwendung des Wortes „Recht“ für die Ordnung des Völkerrechts und jene des staatlichen Rechts, für zwei Systeme also, deren prinzipielle Beziehungslosigkeit man voraussetzt.

Allerdings, noch eine Möglichkeit, den Dualismus von Völkerrecht und staatlichem Recht aufrecht zu halten, scheint trotz des notwendigen Bezuges zwischen beiden Normsystemen zu bestehen,

wenn man nämlich ernstlich versuchen wollte, zwei Standpunkte juristischer Betrachtung auseinanderzuhalten: einen völkerrechtlichen, von dem aus gesehen die staatlichen Rechtsordnungen als delegierte Normsysteme und daher als Teilordnungen des Völkerrechts erscheinen, und einen staatsrechtlichen, von dem aus es entweder überhaupt kein Völkerrecht gibt, oder das letztere nur als delegiertes Normensystem und daher als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung erscheint. Indes wäre dies nicht eine (dualistische) Theorie des Verhältnisses zwischen Staat und Völkerrecht, sondern es wären zwei Hypothesen, und zwar die beiden monistischen Konstruktionen, also das gerade Gegenteil dessen, was man unter einer dualistischen Konstruktion verstehen kann.

Und auch darauf muß hingewiesen werden, daß die These, das Völkerrecht verpflichte nur Staaten, zwar stets mit einer dualistischen Konstruktion unvereinbar ist, aber — bei einer bestimmten Deutung — nicht notwendig zu der Vorstellung einer über den staatlichen Ordnungen stehenden Völkerrechtsordnung führen muß. Dann nämlich, wenn man annehmen zu müssen glaubt, daß die Normen des Völkerrechts — weil nur den Staat — weder Untertanen noch Organe des Staates verbinden. Daß diese Auffassung von einer staatsrechtlichen Konstruktion zu einer völligen Negation des Völkerrechts führt, wird in einem späteren Zusammenhange dargestellt werden.

Selbst im Falle der Nachweis gelingen würde, daß der Völkerrechtsordnung und der staatlichen Rechtsordnung verschiedene Adressaten „gegenüber“ stehen, daß die durch das Völkerrecht verpflichteten Subjekte andere sind als die der staatlichen Rechtsordnung unterworfenen, ist noch keineswegs jede Konfliktsmöglichkeit zwischen beiden Systemen in dem Sinne ausgeschlossen, daß Völkerrechtsnormen keine dem Inhalt staatlichen Rechts widersprechenden Pflichten statuieren können. Vielmehr ist gerade in diesem Falle — wie aus den früheren Ausführungen hervorgeht — die Möglichkeit eines völkerrechtswidrigen staatlichen und eines staatsrechtswidrigen Völker-Rechts erst gegeben; in demselben Sinne, wie von einem moralwidrigen Rechtssatz oder einem dem Recht widersprechenden Gebot der Moral gesprochen werden kann: von einem die Inhalte beider Ordnungen vergleichenden, nicht auf die Erkenntnis ihrer Geltung gerichteten Standpunkt. Denn von dem letzteren kann bei prinzipieller Disparität beider Ordnungen nur die eine oder die andere erfaßt werden, so daß nach dieser Richtung ein Normenkonflikt gar nicht Problem wird.

Wenn in der neueren Theorie gelegentlich der umgekehrte Schluß gezogen und aus der behaupteten Verschiedenheit der Norm-

adressaten bei Völkerrecht und staatlichem Recht die Unmöglichkeit eines Konflikts abgeleitet wurde<sup>1)</sup>, so geschah dies zum Teil mangels einer deutlichen Unterscheidung zwischen Normobjekt und Normsubjekt, indem man eine Verschiedenheit des Normgegenstandes mit der Verschiedenheit der Normsubjekte oder verpflichteten Personen vermengte. Hätte Völkerrecht und staatliches Recht Verschiedenes zum Gegenstande, dann wäre ein Widerspruch zwischen beiden allerdings nicht einmal vom Standpunkt einer bloßen Inhaltsvergleichung möglich. Dann aber wäre — und auch das muß gegenüber entgegengesetzten Meinungen in der herrschenden Lehre betont werden — die Vorstellung eines völkerrechtswidrigen Landesrechtes oder ländersrechtswidrigen Völkerrechtes ebenso ausgeschlossen wie etwa diejenige einer unästhetischen Logik.

### § 33.

#### Die Quelle des Völkerrechts; dualistische und monistische Konstruktion.

Die Grundvorstellung der sogenannten „dualistischen“ Konstruktion: Völkerrecht und staatliches Recht als zwei voneinander prinzipiell verschiedene Normenkreise, setzt die völlige Verschiedenheit und gegenseitige Unabhängigkeit der Quellen beider Ordnungen voraus. Allein die relativ konsequentesten Versuche einer dualistischen Konstruktion, die selbst ausdrücklich von einem „Dualismus der Quellen“ reden, haben diese prinzipielle Voraussetzung ihrer Anschauungsweise nicht sicherstellen können. Denn es kann nicht gelingen, die Quelle des Völkerrechts von jener des staatlichen Rechts gänzlich zu isolieren. Dies zeigt deutlich die Konstruktion TRIEPELS, der in der heutigen Theorie des Völkerrechts den dualistischen Gedanken aufs extremste vertritt und als die — vom Ursprung staatlichen Rechts gänzlich verschiedene — Völkerrechtsquelle die Vereinbarung zwischen Staaten aufzeigt. Die typische Argumentation verläuft etwa in folgender Weise: Die Quelle staatlichen Rechts oder — wie sich TRIEPEL auch ausdrückt — des Landesrechtes ist der „Wille des Staates“. Führt man auch das den Staat verpflichtende Völkerrecht auf diesen „Willen“ des (durch das Völkerrecht verpflichteten) Staates zurück, dann müßte das Völkerrecht konsequenterweise als ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung erkannt werden. Von einer Verschiedenheit und Selbständigkeit der Völkerrechtsordnung neben der staatlichen könnte keine Rede sein. Damit das Völkerrecht als eine von dem Landesrecht prinzipiell diffe-

<sup>1)</sup> So TRIEPEL a. a. O. S. 18 ff., S. 22 und 23.



renzierte Ordnung erkannt werden könne, muß seine Quelle ein „Wille“ sein, der — weil er Staaten verbinden soll — zwar ein Wille von Staaten, weil er aber nicht bloß einen Staat, sondern eine Mehrheit von Staaten verpflichten soll, ein Gemeinwille, eine Willensvereinbarung zwischen Staaten sein muß. TRIEPEL glaubt in diesem Gemeinwillen, in dieser Willensvereinbarung mehrerer Staaten die von der Quelle staatlichen Rechts verschiedene Quelle des Völkerrechts gefunden zu haben <sup>1)</sup>.

Nun muß zunächst die Zulässigkeit des Satzes in Frage gestellt werden, ein Wille, und speziell ein Staatswille sei Quelle des Rechts, das Recht ein „Produkt“ eines Willens. Nur die für den Bereich juristischer Erkenntnis gänzlich, abzulehnende psychologische Bedeutung des Willensbegriffes macht den Satz: der Wille des Staates ist die Quelle des staatlichen Rechts, überhaupt möglich. Das Recht ist der „Wille“ des Staates, wobei „Wille“ in einem rein normativen Sinne ein Ausdruck des Sollens ist. Gewiß kann man auch die Ursprungsnorm — die „Quelle“ im normativen Sinne — als „Wille“ personifizieren. Aber dann ist eben der „Wille“ nicht in einen Gegensatz zum Rechte, als seinem Produkte, gebracht, sondern umgekehrt: das aus der Ursprungsnorm abgeleitete Recht mit dieser „Quelle“ in seiner Gänze als „Wille“ d. h. als Sollen gedacht. Der Satz: „Die Quelle des Rechtes ist der Staatswille“, ist entweder eine für die juristische Betrachtung irrelevante — und überdies unrichtige — Konstatierung einer Tatsache (wenn damit der von Menschen vollzogene Erzeugungsprozeß des Rechts, die soziologisch-psychologische Entstehung der Rechtsvorstellungen gemeint ist) oder aber eine für die Quelle des Rechts völlig nichtssagende Tautologie.

<sup>1)</sup> „Was wir Recht im objektiven Sinne nennen, ist ein Inbegriff einzelner Rechtssätze. Was ist ein Rechtssatz?... Der zum Zwecke der Abgrenzung menschlicher Willenssphären erklärte Inhalt eines Willens... eines dem Einzelwillen überlegenen Willens“ (a. a. O. S. 28/29). „Den Willen nun, dessen Inhalt der Rechtssatz bildet, den Willen, aus dem er fließt, nennen wir Rechtsquelle“ (a. a. O. S. 30). „Welcher Wille, so fragen wir nun zunächst, ist imstande, mit verbindlicher Kraft die Regeln zu erlassen, die wir dem Objekte nach als mögliche Regeln eines Völkerrechts abgegrenzt haben“ (a. a. O. S. 31). Völkerrecht regelt Beziehungen von Staat zu Staat. Ueber den Staaten steht keine höhere Gewalt. „... ist allein ein Wille, als Quelle des Rechts denkbar, so kann dieser Wille hier nur ein Staatswille, vorsichtiger gesagt, ein Wille von Staaten sein.“ „Der Wille eines einzelnen Staates kann nicht Quelle von Völkerrecht sein“, denn er ist nicht imstande, „den gleichgeordneten Genossen der Staatengemeinschaft verbindliche Regeln ihres Verhaltens zu geben“. „Nur zu einer Willenseinheit durch Willenseinigung zusammengefloßener Gemeinwille mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle von Völkerrecht sein“ (a. a. O. S. 31/32).

Schon in dem zweiten Teil der oben schematisch dargestellten, typischen Argumentation erscheint der „Wille“ des Staates nicht mehr als bloße „Quelle“ des Rechts, sondern als Bezeichnung des Staates in seiner Gesamtheit, d. h. der ganzen Staatsordnung oder Staatsperson, wenn von einer Willensgemeinschaft, einer Vereinbarung zwischen Staaten die Rede ist. Es sind doch wohl nicht die „Quellen“, die eine Gemeinschaft eingehen, sondern die Staaten als Ganzes.

Nun muß es — um in der üblichen Vorstellungsweise zu bleiben — fraglich scheinen, ob mit der „Vereinbarung“ mehrerer Staatswillen von diesen verschiedene Quellen gefunden wurden. Zumindest dann nicht, wenn auf die Frage, warum ein Staat durch seine mit anderen Staaten getroffene Vereinbarung gebunden sei, keine andere Antwort erhältlich ist, als die, daß eben in der Vereinbarung sein eigener Wille stecke, daß ihm in der Vereinbarung kein „durchaus fremder, sondern zugleich sein eigener Wille entgegentritt, so daß ihm nichts auferlegt wird, was er sich nicht selbst auferlegt hat“<sup>1)</sup>. Denn in dieser Argumentation zeigt sich als einziger Geltungsgrund für völkerrechtliche Verbundenheit des Staates: der eigene Wille desselben d. i. — in der übernommenen Terminologie — die gleiche Quelle wie die des staatlichen Rechts; und vollends wenn auf die Frage, weshalb der durch Vereinbarung völkerrechtlich gebundene Staat seinen in der Vereinbarung steckenden „Willen“ einseitig nicht ändern dürfe, nur die Antwort übrig bleibt: weil er sich an diesen seinen eigenen Willen gebunden „fühlt“<sup>2)</sup>. Denn ganz abgesehen von dieser für alle normlogischen Untersuchungen der herrschenden Lehre charakteristischen Entgleisung ins Psychologische (es ist ja nach einem Sollen und nicht nach einer Seinstatsache gefragt und selbst die „Tatsache“ eines Staatsgefühls höchst fragwürdig) — ins Normative übersetzt, bleibt doch wieder nur der eigene Wille des Staates als Geltungsgrund für die völkerrechtliche Verbindlichkeit übrig.

Indes könnte die Konstruktion der zwischenstaatlichen Vereinbarung als Völkerrechtsquelle einen normativ korrekten Ausdruck

<sup>1)</sup> TRIEPEL a. a. O. S. 82: „Ich finde die bindende Kraft des Völkerrechts einmal darin begründet, daß in dem Gemeinwillen, dessen Inhalt dem Staate als Norm seines Verhaltens gegen andere Staaten erscheint, ihm nicht ein durchaus fremder, sondern zugleich sein eigener Wille entgegentritt, so daß ihm nichts auferlegt wird, was er sich nicht selbst auferlegt hat. Nicht lediglich sein eigener Wille...“ Aber als Geltungsgrund des Völkerrechts wird damit — wenn dieser auch als Gemeinwille einer Mehrheit von Staaten bezeichnet wird — dem einzelnen Staate gegenüber ja doch nur dessen Wille aufgezeigt!

<sup>2)</sup> TRIEPEL a. a. O. S. 82.

darin finden, daß man die Norm: Vereinbarungen zwischen Staaten sollen verbindlich sein, oder: Staaten sollen sich so verhalten, wie sie es mit anderen Staaten vereinbaren, als den Grundsatz, den Ursprung oder die Quelle des Völkerrechts gelten ließe. Daß damit keine von der Quelle staatlichen Rechts verschiedene, eine von der staatlichen Rechtsordnung prinzipiell unabhängige Völkerrechtsordnung begründende Quelle konstituiert ist, erhellt auf den ersten Blick. Denn schon in der als Quelle fungierenden Norm ist eine Verweisung, eine Delegation auf die staatlichen Rechtsordnungen enthalten. Was anderes könnte denn unter Staaten verstanden sein als die Personifikation eben jener Rechtsordnungen, von denen man das System der Völkerrechtsnormen zu isolieren versucht? Wo anders könnten jene Staaten ihre Existenz haben, als in diesen Ordnungen, was anderes könnten diese Staaten sein, als diese Ordnungen? Und auch wenn man diese Identifizierung von Staat und Recht (die sich aus der Erkenntnis ergibt, daß der Staat eine Ordnung ist) nicht — oder noch nicht — für unvermeidlich erkannt hat, und den Staat als irgendeine Seinstatsache in jene — unklare und widerspruchsvolle — Wechselbeziehung zum Recht setzt, wie dies üblicherweise geschieht, ist die Norm, daß Staaten ihre Vereinbarungen beobachten sollen, denkbar, ohne daß in dem Begriff des Staates — mit dem diese Norm operiert — zumindest auch eine Verweisung auf die Rechtsordnung liegt, die als mit dem Staate wesentlich, begriffswesentlich verbunden gedacht wird? Es sind — für die naturalistische, auf die soziale Seinsebene und die nackten Tatsachen gerichtete Betrachtung, für die der Staat als Faktum erscheint — im Grunde doch nur Menschen, die Vereinbarungen treffen, beobachten oder brechen. Wie soll hinter ihnen der „Staat“ erkannt werden, wenn nicht mit Hilfe einer „Ordnung“, die diese Menschen zu ihrem Verhalten ermächtigt, verpflichtet, diesen Menschen die Organqualität verleiht, die ihnen ja nicht in jeder Hinsicht, sondern nur bezüglich solcher Handlungen zuerkannt werden kann, die eine bestimmte ordnungsmäßige Qualität haben, einer Ordnung in bestimmter Weise entsprechen! Daß diese Ordnung, die Staatsordnung, nur die Rechtsordnung sein kann, wird wohl niemand in Frage ziehen, der mit der herrschenden Lehre das Spezifikum des Staates oder zumindest ein Spezifikum dieser sozialen „Gemeinschaft“ in dem Bezug auf das Recht erkennt.

Durch die in der Grundnorm oder Quelle des Völkerrechts vorgenommene Delegation der staatlichen Rechtsordnungen sind diese als der Völkerrechtsordnung unterstellt und letztlich mit dieser zu einem einheitlichen Normensystem zusammengefaßt zu erkennen.

Wenn somit als Quelle des staatlichen Rechts der Wille des Einzelstaates, als Quelle des Völkerrechts aber eine Gemeinschaft von Staatswillen angenommen wird, dann kann weder von einem Dualismus der Quellen, noch von einem Dualismus der Ordnungen die Rede sein. Es liegen eben nicht zwei völlig verschiedene Quellen vor. Dies zeigt sich am augenfälligsten in der Ueberlegung: Wenn es derselbe Staatswille ist, der als Quelle staatlichen Rechts vorausgesetzt ist, und der in der Vereinbarung steckt, die als Quelle des Völkerrechts erkannt werden soll, dann ist ein Normenkonflikt zwischen beiden unmöglich, denn in der Vereinbarung kann der Staat nicht das Gegenteil dessen wollen, was er in der staatlichen Rechtsordnung will, da doch die Einheit des Staatswillens den Begriff eines Staatswillens erst möglich macht! In der Möglichkeit eines Normenkonfliktes (vom Standpunkt der Inhaltsvergleichung) zeigt sich aber gerade die Disparität zweier Ordnungen, die denselben Gegenstand regeln.

Trotzdem TRIEPELS Theorie der von der Quelle des Landesrechts verschiedenen Quelle des Völkerrechts schließlich auf die BERGBOHM-JELLINEKSche Theorie der Selbstverpflichtung des Staates hinausläuft und damit das Völkerrecht zu einem Bestandteile der staatlichen Rechtsordnung werden muß, trotz dieser offenkundigen Identität der Quelle staatlichen und Völkerrechtes hält TRIEPEL an der Möglichkeit eines unlösbaren Konfliktes zwischen beiden Rechtsordnungen fest. Und dieser Widerspruch wird um so auffallender, je deutlicher zutage tritt, daß die TRIEPELSche Konstruktion, sofern sie sich auf den Geltungsgrund des Völkerrechtes besinnt, aus einer dualistischen in jene monistische Auffassung abgeleitet, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung behauptet. Dies kommt besonders zum Ausdruck, wenn TRIEPEL den in der herrschenden Völkerrechtstheorie allgemein akzeptierten Grundsatz, das Völkerrecht müsse von einem Staate *a n e r k a n n t* sein, um für ihn zu gelten, auch seinerseits übernimmt und erklärt, es sei ausgeschlossen, „daß ein durch Vereinbarung geschaffener Rechtssatz des Völkerrechts“ — und die Vereinbarung ist die einzige Quelle des Völkerrechts nach TRIEPEL — „für solche Staaten gilt, die an seiner Vereinbarung nicht teilgenommen haben“<sup>1)</sup>.

Die Unvereinbarkeit der völkerrechtlichen Anerkennungstheorie mit einer dualistischen Konstruktion tritt noch deutlicher zutage als dies in der Vereinbarungskonstruktion — dieser besonderen Erscheinungsform der Anerkennungstheorie — eingesehen werden kann.

<sup>1)</sup> TRIEPEL a. a. O. S. 83.

Wenn völkerrechtliche Normen für einen Staat nur gelten, weil und insofern dieser Staat die ihn verpflichtende Völkerrechtsnorm anerkannt hat, dann muß das System der für einen Staat gültigen Völkerrechtsnormen — und ein anderes als ein „gültiges“ Völkerrecht hat keine Existenz — mit dem System der staatlichen Rechtsnormen in einer Einheitsbeziehung stehen, die — in der üblichen Terminologie gesprochen — durch den einheitlichen Willen des Staates hergestellt wird. Was man als „Anerkennung“ des Staates bezeichnet, kann — da der Staat kein physischer Mensch, sondern eine Ordnung ist — nichts anderes bedeuten als eine Verweisung der staatlichen Rechtsordnung auf die Normen des Völkerrechts. Nur wenn und insoweit die staatliche Rechtsordnung im Wege einer Delegation Völkerrechtsnormen zu ihren eigenen macht, können diese als für die Staatsperson ebenso verbindlich erkannt werden wie andere Normen des staatlichen Rechts. Das ist der rechtslogische Sinn der Anerkennungstheorie, auf die später noch zurückzukommen sein wird.

#### § 34.

#### Vermengung der dualistischen mit monistischen Konstruktionen.

Auch HEILBORN steht — wie bereits oben bemerkt — in der Frage nach dem Verhältnis zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht auf dem Standpunkt einer dualistischen Konstruktion<sup>1)</sup>. Auch HEILBORN erklärt — ebenso wie TRIEPEL und offenbar unter dessen Einfluß: „Sachliche Konflikte zwischen formell gültigem Völkerrecht und Landesrecht sind also möglich“<sup>2)</sup>. „Weil das Völkerrecht sich nur an die Staaten als solche, an die juristischen Personen wendet, für Behörden und Untertanen aber bloß das Landesrecht maßgebend ist, so ist eine Lösung der Konfliktsfälle nicht möglich“<sup>3)</sup>. Aber auch HEILBORN glaubt mit dieser dualistischen Konstruktion die übliche Anerkennungstheorie verbinden zu können! „Das Völkerrecht ist nicht mittelbar, sondern direkt und unmittelbar auf den Willen derjenigen Staaten zurückzuführen, für welche es maßgebend ist. Die Tatsache, daß ein Völkerrechtssatz für alle übrigen Staaten gilt, ist demjenigen Staate gegenüber belanglos, welcher den Satz nicht anerkannt hat“<sup>4)</sup>. Als juristische Kategorie bedeutet die „Anerkennung“ des Völkerrechts durch den Staat nur die Aufnahme des Völkerrechts in die staatliche Rechtsordnung oder deren Ueberordnung über das Völkerrecht. Und wie soll dann ein

<sup>1)</sup> Vgl. das oben S. 122, Anm. 2 angeführte Zitat.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 89.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 90.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 33.

Satz des Völkerrechts zu einem Satz der staatlichen Rechtsordnung in Widerspruch stehen können, wenn jede Völkerrechtsnorm nur gilt, sofern der Staat sie anerkannt hat? Sollte ein Widerspruch zwischen den Normen derselben staatlichen Rechtsordnung zulässig sein?

Indes haben die Vertreter des Dualismus diesen keineswegs bloß mit Elementen jener monistischen Konstruktion vermengt, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung voraussetzt, sondern sie operieren auch mit wesentlichen Vorstellungen jener — das gerade Widerspiel darstellenden — gleichfalls monistischen Konstruktion, die den Primat des Völkerrechts behauptet! Schon wenn HEILBORN trotz der von ihm angenommenen „Unabhängigkeit“ des Völkerrechts von der staatlichen Rechtsordnung zwischen beiden „Berührungspunkte“<sup>1)</sup> annimmt, ein Bild, das juristisch nichts anderes bedeuten kann als einen Einheitsbezug. Oder wenn er gar meint, „daß der Staat beiden Rechtsgebieten angehört“<sup>2)</sup>. Was anderes soll aber damit gesagt sein als dies: daß es derselbe Staat ist, der einerseits die Personifikation der Landesrechtsordnung darstellt, andererseits der Völkerrechtsordnung unterworfen ist. Ausdrücklich spricht HEILBORN von einer „Unterwerfung“ des Staates unter das Völkerrecht<sup>3)</sup> und stellt den dem Völkerrecht unterworfenen Staat dem der Privatrechtsordnung unterworfenen Individuum gleich; „denn für das Völkerrecht ist das Individualinteresse des einzelnen Staates ebenso maßgebend wie das des Menschen für das Privatrecht“<sup>4)</sup>. „Wie das Privatrecht dem Menschen, so erkennt das Völkerrecht dem Staat eine Rechtsmacht über gewisse Güter zu“<sup>5)</sup>, und „das Völkerrecht erkennt den Staat als Rechtssubjekt an; es räumt den Staatsorganen eine besondere Rechtsstellung ein und bestimmt die Wirksamkeit ihrer Handlungen anderen Staaten gegenüber“<sup>6)</sup>. Wo anders als in seiner Rechtsordnung wird der Staat rechtlich, das heißt: als Rechtssubjekt existent? Was anderes kann aber dann all das bedeuten, was HEILBORN hier an Funktionen des Völkerrechts gegenüber dem „unterworfenen“ Staate behauptet, wenn nicht dies: daß von einem einheitlichen, weil beide Ordnungen letztlich als Einheit erfassenden juristischen Standpunkte aus das Völkerrecht als das übergeordnete, die Landesrechtsordnungen delegierende Normensystem vorausgesetzt wird? Wenn das Völkerrecht den Staat als „Rechtssubjekt“ anerkennt, muß es die den Staat als Rechtssubjekt konstituierende staatliche Rechtsordnung „anerkennen“, d. h.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 88, 89.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 89.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 21.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 106.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 106.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 89.

als solche delegieren, in sich aufnehmen. Wenn das Völkerrecht den „Staatsorganen“ irgendeine Stellung zuweist, kann es nur Menschen bezeichnen, deren Organqualität zu bestimmen, es die Landesrechtsordnungen ermächtigt, delegiert. Das schließliche Resultat der HEILBORNSchen Konstruktion ist dann, daß das Völkerrecht ausdrücklich als eine „Ueberordnung über den einzelnen Staat“<sup>1)</sup> behauptet wird, während die Ueberordnung des Völkerrechts über die Rechtsordnung des einzelnen Staates ebenso ausdrücklich abgelehnt wird<sup>2)</sup>. Und nicht anders ist es bei TRIEPEL, dessen Theorie, das Völkerrecht sei ein von dem Willen des Einzelstaates — für den es gilt — „gesonderter“, von diesem gleichsam losgehörter Gemeinwille, nur der Ausdruck für die Vorstellung einer objektiven, über den staatlichen Rechtsordnungen stehenden Rechtsordnung ist. TRIEPEL betont ausdrücklich, das Völkerrecht stehe ebenso als „Macht“ „über“ den Staaten, wie das Landesrecht „über“ den Staatsgenossen<sup>3)</sup>. „Einen Rechtssatz, der nicht als Macht über den Subjekten steht, an die er sich wendet, kann ich mir nicht denken“<sup>4)</sup>. Freilich steht diese Vorstellung — die TRIEPEL zu einer Ablehnung der staatlichen Selbstverpflichtungstheorie veranlaßt<sup>5)</sup>, in direktem Widerspruch zu seiner — die Selbstverpflichtungslehre wieder akzeptierenden — Anschauung vom Geltungsgrunde des Völkerrechts<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 61: „Entscheidend fiel ins Gewicht die Erkenntnis von der Notwendigkeit des Völkerrechts und seiner Ueberordnung über den einzelnen Staat“.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 89: „Völkerrecht und Landesrecht sind voneinander unabhängig, das eine ist dem andern formell nicht untergeordnet“.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 76.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 79.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 77 f.

<sup>6)</sup> TRIEPELS Konstruktion des Völkerrechts beruht auf der Vereinbarungstheorie BINDINGS. Dieser hat seine Lehre neuestens (Zum Werden und Leben der Staaten, 1920, S. 191 ff.) in erweiterter Form dargestellt und dabei TRIEPELS Völkerrechtskonstruktion grundsätzlich akzeptiert. Auch BINDING lehnt das Völkerrecht als eine über dem staatlichen Rechte stehende Rechtsordnung ausdrücklich ab (a. a. O. S. 242). Er erklärt „die Vereinbarung des inhaltlich gleichen Willens verschiedener Staaten“ für „die einzig mögliche Quelle des Völkerrechts“ (a. a. O. S. 243); und zwar sieht er hier einen jener Fälle der Vereinbarung, wo „die sich Vereinbarenden nicht einer höheren Rechtsordnung unterstehen“; die „Bildung des Völkerrechts“ vollzieht die „Vereinbarung“ „in der Luft der Freiheit, der rechtlichen Ungebundenheit“ (a. a. O. S. 226). Allein nach den eigenen Ausführungen BINDINGS setzt die Vereinbarung eine über den Vereinbarenden, durch die Vereinbarung zu Bindenden stehende, objektiv gültige Rechtsordnung voraus, oder es ist doch zumindest mit der Vereinbarung zugleich eine solche übergeordnete Norm als entstanden vorzustellen! BINDING sagt: „Jede Rechts-

Und schließlich: TRIEPEL wie HEILBORN zweifeln nicht daran, daß das Völkerrecht den Staat verpflichtet. Wenn Völkerrecht — was beide annehmen — Recht ist, und wenn es — was beide annehmen — kein bloßer Bestandteil staatlichen Rechts ist, was anderes kann es sein als eine über der gleichfalls den Staat verpflichtenden, im „Staate“ personifizierten Landesrechtsordnung stehende, mit dieser Landesrechtsordnung — weil doch das gleiche Subjekt verpflichtende — in einem Einheitsbezug stehende Rechtsordnung? Könnte die staatliche Rechtsordnung die Gemeinde verpflichten, wenn nicht die Gemeindeordnung ein unter der staatlichen Rechtsordnung stehendes, von ihr delegiertes, eine Teilordnung der staatlichen Rechtsordnung bildendes Normensystem, wenn die Gemeinde — als Rechtssubjekt — etwas anderes als die Personifikation der Gemeindeordnung wäre?

bildung und Rechtsbindung setzt in den Köpfen derer, die zur rechtlichen Ordnung verbunden werden sollen, . . . eine ganz bestimmte Vorstellung voraus: die vom Dasein eines überindividuellen Willens, dem die unter ihm stehenden Einzelnen Nachachtung, Gehorsam schulden.“ Nun stellt die „Vereinbarung“ zweifellos eine „Rechtsbildung“ und „Rechtsbindung“ dar und muß daher als solche die Vorstellung eines überindividuellen Willens voraussetzen; eines Willens, der über den Vereinbarenden und durch die Vereinbarung zu Bindenden steht. Das heißt, ohne jedes Bild gesprochen: damit die „Vereinbarung“ als Tatbestand — und BINDING selbst bezeichnet sie gelegentlich als „Tatbestand“ (a. a. O. S. 163) — die rechtliche Bindung der Vereinbarenden zur Folge habe, muß entweder eine positiv-gesetzte Rechtsnorm vorliegen, die solches bestimmt, oder aber es muß eine juristische Hypothese angenommen werden, die — als Ursprungsnorm — einer bestimmten Vereinbarung als Rechtsfolge die Verbindlichkeit ihres Inhalts zuspricht. Schon darum ist also die als Quelle des Völkerrechts fungierende Vereinbarung nur unter der Voraussetzung einer über den vereinbarenden Staaten stehenden, die Vereinbarung als „Rechtsquelle“ einsetzenden Norm denkbar. Allein selbst wenn BINDING diese Konsequenz seiner Grundanschauung von der „Rechtsbildung und Rechtsbindung“ nicht zu ziehen geneigt wäre, so drängen doch andere seiner Ausführungen zu demselben Ergebnis. „Vereinbarung ist Vergemeinschaftung inhaltlich gleicher, auf rechtlich Bedeutsames gerichteter Willen mehrerer Willensträger“ (a. a. O. S. 217). Diese Vereinbarung hat nach BINDING — scheinbar „an sich“ — rechtsschöpferische Kraft. Daß dies nur innerhalb eines Rechtssystems, und zwar eines auf einer einheitlichen Ursprungshypothese gegründeten Rechtssystems möglich ist, soll hier weiter nicht verfolgt werden, denn es genügt festzustellen, wie BINDING selbst die verbindende Kraft der Vereinbarung erklärt: „Diese Vorstellung von der bindenden Kraft der Vereinbarung ist sehr eigenartig: sie scheint nicht ganz frei von einem mystischen Element. Sie geht dahin: durch die Verabredung eines gemeinsamen Wollens oder eines gemeinsamen Handelns entsteht eine Willensmacht über (von BINDING fett gedruckt) den Verabredenden, der alle Teilnehmer an der Verabredung zu entsprechen haben. Die Vereinbarung wirkt also nicht eine einfache Addition von zwei oder drei inhaltlich gleichen Willen,



Wenn man eine dualistische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht mit der Vorstellung einer Verpflichtung des Staates durch das übergeordnete Völkerrecht verbinden zu können glaubt, so ist ein solcher Widerspruch nur durch die im herrschenden Begriff des Staates vollzogene Hypostasierung zu erklären. Man denkt sich den Staat als ein reales Wesen, als ein Naturding, eine Art Mensch; und so wie das Verhalten des Menschen glaubt man dasjenige des Staates als Gegenstand zweier voneinander verschiedener Ordnungen vorstellen zu können: der „eigenen“ staatlichen Rechtsordnung und der Völkerrechtsordnung. Diese Vorstellung muß aber sogleich in sich selbst zusammenfallen, wenn man durch den Schleier der Hypostasierung hindurch erkennt, daß der Staat eben selbst eine Ordnung, seine „eigene“ Ordnung selbst ist, daß das Substrat der in der Hypostasierung real gesetzten Personifikation eben nichts anderes als eine spezielle Rechtsordnung ist, und daß daher in der Vorstellung einer Verpflichtung des Staates durch eine „über“ ihm stehende Ordnung schon eine Relation zwischen zwei Ordnungen hergestellt ist; und zwar begriffsnotwendig gerade zwischen jenen beiden Ordnungen, deren Beziehungslosigkeit man bei dualistischer Konstruktion behauptet. Denn Inhalt einer Verpflichtung kann schließlich und endlich nur menschliches Verhalten sein, und wenn der „Staat“ durch eine über ihm stehende Rechtsordnung verpflichtet ist, dann kann dies nichts anderes bedeuten als: daß die Völkerrechtsordnung die Verpflichtung zu dem Verhalten eines Menschen setzt, dessen nähere Bestimmung — als Staatsorgan — sie der als „Staat“ personifizierten Spezialrechtsordnung zuweist. Welches Verhältnis damit

sondern sie schafft einen Willen über (wieder fett gedruckt) Zweien oder Dreien oder Tausenden, dem sie alle Nachachtung schulden“ (a. a. O. S. 236). Ist die „Ver Vereinbarung“ die — notabene von den Quellen der einzelstaatlichen Rechtsordnungen angeblich verschiedene — Quelle des Völkerrechts, dann muß das Völkerrecht ein über den (vereinbarenden) Staaten stehender Gemeinwille sein. „Aus allen Staatenvereinbarungen und allen Staatenverträgen klingt immer dasselbe Bekenntnis: Gemeinwille steht über dem Einzelwillen und besitzt die Kraft, die Teilnehmer daran nach Maßgabe desselben zu berechnen und zu verpflichten.“ So BINDING (a. a. O. S. 245). Die Behauptung, daß ein von den Einzelwillen, den „Willen“ der Einzelstaaten verschiedener und über ihnen stehender „Gemeinwille“ existiere, ist nur der anthropomorphistische Ausdruck für die Annahme einer objektiv gültigen, überstaatlichen Rechtsordnung. Es ist die Hypothese vom Primat des Völkerrechts. Wenn man diesen „Gemeinwillen“ psychologisch aus seiner Entstehung durch die „Verschmelzung“ von gleichinhaltlichen Einzelwillen zu erklären versucht, dann muß man freilich zur Behauptung eines „mystischen“ Elementes greifen.

zwischen beiden Ordnungen gegeben ist, geht aus den früheren Ausführungen hervor.

### § 35.

Fortsetzung; bloß völkerrechtliche Verpflichtung des Staates zu Normsetzungsakten.

Die Vorstellung, das Völkerrecht sei eine von dem staatlichen Recht gänzlich verschiedene und unabhängige Ordnung (dualistische Konstruktion), stehe aber dennoch zugleich verpflichtend über den Staaten oder deren Ordnungen, wird mitunter durch die folgende als typisch zu bezeichnende Argumentation gestützt: Der Staat ist durch das Völkerrecht nur zu einer bestimmten Normsetzung (d. h. zur Erlassung von Gesetzen bestimmten Inhalts) verpflichtet. Nur in dieser Verpflichtung kommt seine Unterordnung unter das Völkerrecht zum Ausdruck. Dabei versucht man die Unterordnung kraft Verpflichtung von der Unterordnung auf Grund einer Ermächtigung oder Delegation zu unterscheiden. Und zwar um des weiteren argumentieren zu können: Wenn der Staat diese Verpflichtung nicht erfüllt und Normen setzt, deren Inhalt den vom Völkerrecht geforderten Normen widerspricht, so seien diese Normen als staatliche Rechtsnormen gültig und in ihrer Geltung von einem zuwiderlaufenden Völkerrechtssatz unberührt. Es sei somit völkerrechtswidriges Landes-(staatliches) Recht und umgekehrt landesrechtswidriges Völkerrecht möglich. In dieser Konfliktsmöglichkeit, in dieser Unabhängigkeit der beiderseitigen Geltungen zeige sich wieder die gegenseitige Unabhängigkeit beider Ordnungen<sup>1)</sup>. Nun ist zunächst

<sup>1)</sup> So z. B. TRIEPEL a. a. O. S. 166 f.: „Es ist denkbar, daß die herrschende Rechtsquelle Normen aufstellt, nach denen sich die Kompetenz der untergeordneten Quelle als solche zum Teil oder überhaupt bemißt. Sie erteilt oder versagt ihr in bestimmtem Umfange die Fähigkeit eigener Rechtserzeugung. Daraus folgt, daß die auf Rechtsschöpfung gerichteten Akte der subordinierten Rechtsquelle, je nachdem sie innerhalb des so gezogenen Rahmens oder unter Durchbrechung der Schranke erfolgen, gültig oder nichtig sind... Es ist aber auch denkbar, daß die herrschende der beherrschten Rechtsquelle Befehle in Betreff eigener Rechtsschöpfung erteilt...“, wobei speziell der Fall möglich ist, daß die Uebertretung dieses Befehls „keine Nichtigkeit nachzieht“. Da TRIEPEL die Annahme einer Koordination der beiden „gesonderten“ (a. a. O. S. 256) Rechtsquellen von Völkerrecht und Landesrecht ablehnt (a. a. O. S. 257), bleibt nur festzustellen, welcher Art die „Ueberordnung“ der Völkerrechtsquelle über die Landesrechtsquelle sei. Denn auch die Vorstellung, daß die Landesrechtsquelle auf irgendeine Art der Völkerrechtsquelle übergeordnet sei, wird von ihm zurückgewiesen (a. a. O. S. 257 und 265). Daß die Quelle des Völkerrechts der des Landesrechts in dem Sinne übergeordnet sei, daß der Wille der ersteren für die Geltung der aus der letzteren fließenden Normen entscheidend ist, verneint TRIEPEL (a. a. O. S. 257).

zu bedenken, daß das Völkerrecht nicht bloß Verpflichtungen zur Normensetzung, sondern unmittelbare Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten des Staates statuieren kann; so daß die besonderen Möglichkeiten, die sich, wie im folgenden ersichtlich, aus der Scheidung zwischen Normsetzungsakt und gesetzter Norm ergeben, nicht in Betracht kommen. Allein selbst wenn man auf diesen besonderen Fall einer völkerrechtlichen Normsetzungsverpflichtung des Staates eingeht, zeigt gerade er die Unmöglichkeit einer dualistischen Konstruktion bei Vorstellung einer Ueberordnung des Völkerrechts über das staatliche Recht.

Diese Ueber- und Unterordnung wird hier in der Normunterworfenheit, in der Verpflichtung des Staates durch das Völkerrecht erblickt. Allein, was kann bedeuten, der Staat sei völkerrechtlich verpflichtet, eine bestimmte Norm zu setzen, einen Rechtssatz bestimmten Inhalts zu erlassen? Die Annahme einer Rechtspflicht bestimmten Verhaltens, der Rechtssatzerzeugung, z. B. eines Gesetzgebungsaktes, dessen Inhalt zwar — nämlich der vom Völkerrecht postulierte — nicht aber dessen Form — der Weg der staatlichen Rechtserzeugung, die Menschen, die als Organe des Staates den Gesetzgebungsprozeß realisieren — vom Völkerrecht bestimmt wird. Hinsichtlich dieser Form des gebotenen Aktes enthält das Völkerrecht eine Verweisung, eine Delegation der staatlichen Ordnung.

Das Völkerrecht sei zwar dem Landesrecht gegenüber eine Art „höhere Ordnung“, aber die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Landesrechts könne nicht durch das Völkerrecht bestimmt werden. Denn wenn die „höhere“ Quelle über Sein und Nichtsein der Normen der niederen Quelle entscheiden solle, müsse sie in unmittelbarer Beziehung zu den Subjekten stehen, an die sich die Normen der niederen Quelle richten (a. a. O. S. 259). Das treffe aber für das Völkerrecht nicht zu, das sich nur an Staaten, nicht an Behörden oder Untertanen des Staates richte wie das Landesrecht (a. a. O. S. 259). Diese Argumentation ist unzutreffend, denn wenn die Rechtssetzung auf einer Delegation d. h. Fähigkeitsverleihung durch eine „höhere“ Quelle beruht, dann ist die Ueberschreitung der Delegation mit Nichtigkeit verbunden, auch wenn aus der höheren Quelle überhaupt keine die (den Normen der niederen Quelle unterworfenen) Subjekte unmittelbar bindenden Rechtssätze fließen. — Es bleibt somit für das Verhältnis der beiden Quellen nach TRIEPEL nur der zweite Typus, eine Ueber- und Unterordnung, jene, die er ursprünglich auf „Befehl“ — zum Unterschied von „Fähigkeitserteilung“ — gründete. Nunmehr aber, wo es gilt, das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht diesem Schema einzureihen, spricht er davon, daß die übergeordnete Quelle der untergeordneten „Befehle und Ermächtigungen zur Vornahme oder Unterlassung der Rechtssetzung“ (a. a. O. S. 264) erteilen könne. Daß aber die Erteilung einer „Fähigkeit“ und die Erteilung einer „Ermächtigung“ zur Rechtssetzung dasselbe ist, kann wohl kaum bezweifelt werden.

Und hierin ist zunächst die Unterordnung der staatlichen Rechtsordnung unter das Völkerrecht gelegen.

Diese Delegation ist — wie bereits früher bemerkt — eine Norm, und zwar eine Blankettnorm. Es soll geschehen, was oder wie eine andere Ordnung bestimmt. In dem vorliegenden Falle ist das „Was“ im Völkerrechtssatz bestimmt, das „Wie“ der staatlichen Rechtsordnung überlassen. Als Norm ist diese Delegation oder Ermächtigung naturgemäß auch — subjektiv — eine Verpflichtung; und schon darum zwischen Ermächtigung und Verpflichtung kein Gegensatz. Nimmt man aber den Begriff der Ermächtigung im Sinne von Fähigkeitsverleihung, dann muß jede Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten implicite die Ermächtigung hiezu enthalten. Ich kann nicht zu etwas verpflichtet sein, wozu mir die Ermächtigung, d. h. die rechtliche Fähigkeit fehlt. Es ist darum unrichtig, wenn man den Fall der Unterordnung des Staates unter das Völkerrecht durch Verpflichtung oder Befehl von demjenigen durch Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung unterscheidet. Der Befehl ist stets auch Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung oder setzt Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung von der gleichen „höheren“ Quelle voraus.

Wenn der Staat — völkerrechtlich — für verpflichtet angesehen wird, einen Akt bestimmten Inhalts zu setzen, und er nicht diesen, sondern einen seinem Inhalt nach widersprechenden setzt oder den gebotenen ungesetzt läßt, dann ist dieser Akt oder diese Unterlassung — gleichgültig, ob es sich dabei um einen Normsetzungsakt handelt oder nicht — völkerrechtswidrig, im ersteren Falle völkerrechtlich nichtig, überhaupt nicht vorhanden. Der Staat als solcher kann nämlich nur innerhalb seiner Ermächtigung oder, was dasselbe ist, innerhalb der Pflicht handeln. Außerhalb der Norm ist eine menschliche Handlung eben nicht dem Staate zuzurechnen. Eine völkerrechtliche Pflicht des Staates kann ja nichts anderes heißen als: Menschen, die nach staatlicher Rechtsordnung zu bestimmtem Verhalten verpflichtet und als solche Staatsorgane sind, sollen als solche, d. h. soweit sie auch nach staatlicher Rechtsordnung hiezu ermächtigt sind, sich in bestimmter — völkerrechtlich bestimmter — Weise verhalten; das heißt aber: Die völkerrechtliche Pflicht muß als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung oder die staatliche Rechtsordnung als Bestandteil der völkerrechtlichen erkannt werden. Sonst ist die Vorstellung unmöglich, daß ein Mensch, der Staatsorgan ist, als solcher, daß also der Staat (der ja die Personifikation einer Rechtsordnung ist) so handeln solle, wie völkerrechtlich geboten erscheint.

Wenn somit menschliches Verhalten vorliegt, das dieser Pflicht

nicht entspricht, kann keine Organhandlung angenommen werden, weil die Zurechnung zum Staate unmöglich wird. Denn diese ist nur auf Grund der Rechtsnorm vollziehbar, die eine Handlung als gesollt setzt. Erkennt man das Recht als Zwangsordnung, den Rechtssatz somit als Aussage darüber, unter welchen Bedingungen Zwang geübt werden soll, dann ist — streng genommen — überhaupt nur der Zwangsakt zurechenbar; dem Staate zurechenbar. Das Unrecht ist stets nur die Bedingung, niemals der Inhalt staatlichen (das ist rechtlichen) Wollens oder Handelns. Und daher ist die Vorstellung eines Unrechts des Staates ein Widerspruch in sich selbst<sup>1)</sup>. Betrachtete man das Völkerrecht als eine von der einzelstaatlichen Rechtsordnung unabhängige Ordnung, dann wäre zwar ein völkerrechtliches Unrecht des Staates in dem Sinne möglich, daß eine Handlung, die vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsnorm als Staatsakt dem Staate zuzurechnen wäre, vom Standpunkt des Völkerrechts als Unrecht zu gelten hätte. Allein bei einem solchen Dualismus der Konstruktion käme — wie gezeigt — das Völkerrecht nicht mehr als Rechtsordnung in Betracht. Soll die Verpflichtung des Staates durch das Völkerrecht eine Rechtspflicht sein, sollen also die einzelstaatlichen und die Völker-Rechtsnormen ein einheitliches System bilden, dann ist ein Völkerrechtsdelikt des Staates, d. h. ein dem Staate zurechenbarer Unrechtstatbestand ebenso unvorstellbar wie ein Staatsunrecht vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Denn ob man die verletzte Völkerrechtsnorm als Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung oder die letztere als Teilordnung des durch die Völkerrechtsordnung begründeten Universal-Rechtssystems auffaßt — immer steht man vor der logischen Unmöglichkeit, der Personifikation des Rechts (sei es der Total- oder einer Teilrechtsordnung) ein Unrecht zuzurechnen, den Rechts-Willen das Un-Recht wollen zu lassen<sup>2)</sup>. Damit ist natürlich nicht die Un-

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Abhandlung: Ueber Staatsunrecht, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, 40. Bd., S. 17, 95 ff. In dieser Abhandlung habe ich die Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht noch nicht klar genug erkannt.

<sup>2)</sup> Das Problem des Staats-Unrechtes: Wie kann der Personifikation des Rechts das Unrecht zugerechnet werden? — ist nur ein Spezialfall des allgemeinen Problems, in welchem Verhältnis das Rechts-Subjekt überhaupt zum Unrecht stehen könne. Ohne auf diese überaus schwierige Frage hier einzugehen, sei lediglich bemerkt, daß Rechts-Subjekt und Unrechts-Subjekt niemals identisch sein können und zwar aus demselben Grunde, aus dem die christliche Theologie der Person Gottes die des Teufels gegenüberstellen muß. Dann aber sei daran erinnert, daß — vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung und unter der Voraussetzung des Rechtes als einer Zwangsordnung — als das Rechts-Subjekt schlechthin, als die Person des Rechtes,

möglichkeit eines völkerrechtlichen Unrechtsbestandes überhaupt in Frage gestellt; nur die Konstruktion desselben als Unrecht der Staatsperson abgelehnt.

Ist somit schon der völkerrechtswidrige Normsetzungsakt des Staates — nicht nur völkerrechtlich, sondern auch staatsrechtlich — nichtig, dann kann die Frage der Gültigkeit der gesetzten Norm gar nicht auftauchen. Wenn aber die oben angegebene typische Argumentation des weiteren so verläuft: der Normsetzungsakt ist zwar völkerrechtswidrig, die gesetzte Norm aber gültig, weil die Normen der staatlichen Rechtsordnung in ihrer Geltung von denen des Völkerrechts unabhängig sind, so liegt darin ein Widerspruch, indem hinsichtlich des Normsetzungsaktes ein monistischer Standpunkt vertreten wird — ansonst wäre ja die Vorstellung „Verpflichtung des Staates“ gar nicht möglich — hinsichtlich der gesetzten Norm jedoch ein dualistischer. Wenn man aber die Verpflichtung des Staates als rein völkerrechtliche gelten lassen wollte, dann müßte man — von demselben völkerrechtlichen Standpunkt — die gesetzte Norm völkerrechtlich für nichtig erkennen. Denn sie fällt ja außerhalb der völkerrechtlichen Ermächtigung. Faßt man aber nur ihre staats-

als Zurechnungspunkt κατ' ἐξοχήν der Staat gelten muß. Andere Rechtssubjekte oder Personen als Personifikationen von Teilordnungen und Zurechnungspunkte menschlicher Handlungen sind nur unter der Voraussetzung konstruierbar, daß andere menschliche Handlungen als Zwangsakte für gesollt und daher für zurechenbar angesehen werden. Das ist nur möglich mit Hilfe der bereits früher angedeuteten Hypothese einer Norm, die zwangvermeidendes Verhalten anordnet. Diese Hypothese ergibt — an die staatliche Zwangsordnung herangebracht — das System der sekundären Rechtsnormen und deren Gruppierung vom Standpunkt des individuellen, wirtschaftlichen und sonstigen Interesses die Substrate für all diejenigen Personifikationen, die andere Rechtssubjekte („physische,“ und juristische) als den Staat darstellen. Das Rechts-Subjekt, das sich als Personifikation eines Komplexes von sekundären, zwangvermeidendes Verhalten als gesollt setzenden Rechtsnormen darstellt, das als solches der Zurechnungspunkt für zwangvermeidendes Verhalten ist, kann nicht zugleich als das Subjekt des Unrechts, d. i. des den Zwang bedingenden Verhaltens gelten.

Wenn dem Staate nicht nur Zwangsakte, sondern auch anderes menschliches Verhalten, (dessen Unterlassen erst den staatlichen Zwangsakt herbeiführt) zugerechnet wird, so ist das als Personifikation der Totalität der sekundären Rechtsnormen ohne weiteres zulässig. Nur vollzieht sich diese Zurechnung zum Staate in der herrschenden Lehre, die hier dem vulgären Sprachgebrauch folgt, recht willkürlich und nach den verschiedensten Gesichtspunkten. Ein einheitliches Kriterium ist nicht nachzuweisen; fiskalische, dienstrechtliche, organisationstechnische, historische und sonstige Momente sind dafür maßgebend, daß man einen Akt als Staatsakt gelten läßt. Hienach ist auch das den völkerrechtlichen Zwang vermeidende Verhalten des Staates zu beurteilen.

rechtliche Gültigkeit ins Auge, dann kann — von diesem rein staatsrechtlichen Standpunkt — von einer Verpflichtung des Staates zu einem Gesetzgebungsakt keine Rede sein. Mit anderen Worten: Nur wenn man sich auf einen rein staatsrechtlichen Standpunkt stellt und von der Geltung des Völkerrechtes absieht, kann die — nur vom Standpunkt des Völkerrechtes diesem zuwiderlaufende, die völkerrechtliche Delegation verletzende und daher ebenso völkerrechtswidrige wie völkerrechtlich nichtige — staatliche Rechtsnorm gültig sein. Von diesem Standpunkte aus ist auch der staatliche Rechtssetzungsakt gültig, rechtmäßig, dagegen aber eine Verpflichtung des Staates durch eine außerstaatliche Rechtsordnung — und wäre es auch nur zu einem Rechtssetzungsakt — unvorstellbar. Es kann daher von diesem Standpunkte aus — der allein die Unabhängigkeit der Geltung staatlichen Rechts von einer außer- oder überstaatlichen Ordnung garantiert — von einem völkerrechtswidrigen Rechtssatze gar keine Rede sein<sup>1)</sup>.

\* \* \*

<sup>1)</sup> Es ist sehr bezeichnend für den stark monistischen Einschlag in der dualistischen Konstruktion TRIEPELS, daß dieser zwar ein völkerrechtswidriges Landesrecht, aber — seltsamerweise — kein landesrechtswidriges Völkerrecht gelten lassen will. „Es gibt kein landesrechtsgemäßes, kein landesrechtswidriges Völkerrecht“ (a. a. O. S. 265). Man sollte doch meinen, daß wenn sich eine Norm der staatlichen Rechtsordnung vom Standpunkt des Völkerrechtes als mit einer Norm dieses Systems im Widerspruch erweist, d. h. also völkerrechtswidrig ist, umgekehrt diese Norm der Völkerrechtsordnung — vom Standpunkt der Staatsrechtsordnung, weil mit einer Norm dieses Systems im Widerspruch — als landesrechtswidrig bezeichnet werden muß. Zumal, wenn die gegenseitige Unabhängigkeit beider Ordnungen — insbesondere hinsichtlich ihrer Geltung — behauptet wird. Wenn ein Rechtssatz — weil gegen ein Gebot der Moral verstößend — moralwidrig ist, so muß doch die bezügliche Moralnorm als rechtswidrig gelten! TRIEPEL meint, das Völkerrecht dulde kein Urteil über seine Landesrechtsmäßigkeit. „Wohl aber ist . . . der Akt, aus dem das Landesrecht hervorgeht, in seiner Rechtmäßigkeit nach Völkerrecht zu bewerten. In diesem Punkte zeigt sich die Eigenschaft des Völkerrechtes als der <höheren> Rechtsordnung“ (a. a. O. S. 266). Allerdings auch das Fallenlassen des dualistischen Standpunkts! Was TRIEPEL hier lehrt, ist der Primat des Völkerrechtes über dem staatlichen Recht. Nur dann ist einseitig die eine „Quelle“, richtiger: sind deren Normen der Maßstab für eine andere, bzw. deren Normen — und nicht umgekehrt, wenn die Geltung der letzteren auf der Geltung der ersteren beruht, wenn die ersteren, als die höhere Ordnung, über den letzteren stehen! Es wäre gewiß nicht zulässig, einen Autor allzu wörtlich bei einem gelegentlich gebrauchten Bilde zu nehmen. Aber es ist sicherlich symptomatisch für die Vorstellung, die TRIE-

Eine dualistische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht ist zwar logisch nicht unmöglich, aber die völkerrechtliche Theorie hat diese Konstruktion — wie an den oben vorgeführten Beispielen gezeigt wurde — nicht folgerichtig durchgeführt. Vor allem deshalb, weil die Theorie des Völkerrechts nicht darauf verzichten kann, Völkerrecht wie staatliches Recht als gleichzeitig in Geltung stehende Ordnungen von einem einheitlichen, beide Normsysteme erfassenden, juristischen Standpunkte aus zu begreifen. Damit ist die unvermeidliche Konsequenz verbunden, die ursprünglich behauptete dualistische Position unversehens mit einer monistischen zu vertauschen. Dazu kommt, daß auch die Vertreter einer dualistischen Konstruktion gewisse von der gesamten Völkerrechtstheorie angenommene Grundsätze nicht abzulehnen in der Lage sind, die unverweigerlich die Einheit von Völkerrecht und Landesrecht zur Voraussetzung oder zur Folge haben: einerseits die Theorie vom Willen des Einzelstaates als Geltungsgrund des Völkerrechts, die sogenannte Anerkennungstheorie, und andererseits die Lehre von den Staaten als Subjekten oder Adressaten des Völkerrechts.

Untersucht man, in welchem Verhältnis das Souveränitätsdogma zu der dualistischen Konstruktion des Völkerrechts steht, so zeigt sich, daß diese Konstruktion in ihrer logisch-korrekten Entfaltung — sofern eine solche praktisch, d. h. mit inhaltlicher Erfüllung der beide Systeme bildenden Normen durchgeführt werden könnte — der Vorstellung von der Souveränität des Einzelstaates Raum läßt; jedoch nur solange man auf dem einen der beiden diese Konstruktion charakterisierenden Standpunkte, nämlich auf dem staatsrechtlichen, beharrt. Denn indem man seine Betrachtung auf die einzelstaatliche Rechtsordnung abstellt und über deren Geltung nicht weiter

PEL von dem Verhältnis des Völkerrechts zum staatlichen Rechte hat, wenn er ausführt: „Das Völkerrecht bedarf des staatlichen Rechtes, um seine Aufgabe zu erfüllen . . . Ein Netz über den Staaten schwebend, will es durch starke Stützen in den Staaten gefestigt sein. Es ist einem Feldherrn vergleichbar, der seine Befehle nur an die Truppenführer richtet . . .“ (a. a. O. S. 271). Dies aber ist das vollendete Bild der Einheit von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung: das Völkerrecht — das zu seiner Ergänzung der staatlichen Rechtsordnungen bedarf — als die über den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen stehende, sie gegenseitig begrenzende und miteinander zu einem höheren Ganzen verbindende Gesamtordnung. Woher haben die Befehle der Truppenführer normlogisch ihre Geltung? Aus dem delegierenden, ermächtigenden Befehl des Feldherrn, auch wenn der besondere Inhalt der zahllosen Einzelbefehle, die sie — innerhalb der allgemeinen Ermächtigung — nach den besondern Bedingungen des Augenblicks erlassen, psychologisch ihrem eigenen Wollen und Können entspringen!



hinaus fragt, hat man gerade jene Voraussetzung erfüllt, die rechtslogisch das Wesen der Souveränität bildet: die Annahme der staatlichen Rechtsordnung als eines höchsten, d. h. nicht weiter ableitbaren Normensystems. Es macht durchaus den Eindruck, daß gerade die Möglichkeit dieser Annahme das — vielleicht unbewußte — Motiv für die allerdings mißlungenen Versuche einer dualistischen Konstruktion bildet, die in Wahrheit nur eine pseudo-dualistische ist<sup>1)</sup>. Indem man auf der einen Seite den Staat und „seine“ Ordnung als souverän behauptet wissen will, auf der andern Seite aber das Postulat einer über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung anzuerkennen sich gezwungen sieht, sucht man nach einer Theorie, die beiden Gedanken Rechnung trägt, und glaubt eine solche in der Aufstellung gefunden zu haben: Völkerrecht und staatliches Recht sind zwei gesonderte, voneinander unabhängige Ordnungen. Welche Widersprüche dabei notwendigerweise unterlaufen, wurde im vorhergehenden gezeigt.

### Siebentes Kapitel.

### Der Primat der staatlichen Rechtsordnung.

#### § 36.

#### Einstellung des Problems.

In seinem die Theorie des Rechtspositivismus begründenden Werk „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“<sup>2)</sup> polemisiert BERGBOHM gegen den in der Rechtswissenschaft herrschenden Dualismus von positivem und Naturrecht und betont dabei auf das nachdrücklichste die Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis, die Einheit des Rechtsbegriffes. „Das Recht ist wesentlich eins, der Rechtsbegriff ein einheitlicher: indem man zweierlei Recht annimmt, korrumpiert man ihn und begeht eine wissenschaftliche Todsünde.“ BERGBOHM meint zwar — indem er an das Verhältnis des Naturrechts zum positiven Recht denkt — der die Rechtswissenschaft „korrumpierende“

<sup>1)</sup> TRIEPEL a. a. O. S. 76, deutet zwar die Möglichkeit an, das Souveränitätsdogma fallen zu lassen: „Man wende nur nicht ein, ein Völkerrecht «über» Staaten stehe in Widerspruch zu ihrer «Souveränität». Wäre das der Fall, dann würde es die höchste Zeit sein, an eine noch gründlichere Revision dieses berüchtigten Begriffs zu gehen, als er sie schon in neuerer Zeit von berufenen Händen erfahren hat.“ Allein TRIEPEL läßt es bei dem hier geäußerten leisen Zweifel an der Vereinbarkeit von der Souveränität mit einem „über“ den Staaten stehenden Völkerrecht bewenden und beruhigt sich schließlich doch mit der Annahme, daß ein Völkerrecht, das über den Staaten steht, deren Souveränität keinen Abbruch tue; er begnügt sich einfach, das Wörtchen „über“ zwischen Gänsefüßchen zu stellen.

<sup>2)</sup> S. 109.

Dualismus gehe nicht so weit, daß man „zwei Rechte von gleicher Realität“ annehme. Gerade das aber versucht jene Theorie, die oben als dualistische Konstruktion des Völkerrechts bezeichnet wurde, wenn sie dieses Normensystem als von der staatlichen Rechtsordnung unabhängig, mit dieser gleichzeitig in Geltung stehend behauptet. Und ist es nicht Dualismus, ja eigentlich ein Plurismus, wenn eine andere Theorie ein über den staatlichen Rechtsordnungen stehendes, diese gegenseitig abgrenzendes, zu einer höheren Einheit verbindendes Völkerrecht ablehnt und dennoch eine Vielheit nebeneinander existenter souveräner Staaten, d. h. rechtlich: nebeneinander und unabhängig voneinander gültiger Rechtsordnungen annimmt? Auf die Problematik dieses Rechtsplurismus, der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen wie fensterlose Monaden unverbunden nebeneinander stehen läßt, wird später noch zurückzukommen sein. Hier genügt die Feststellung, daß die Jurisprudenz in demselben Maße Wissenschaft wird, als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen. Und da ist es für die heutige Rechtswissenschaft charakteristisch, wie wenig bewußt sich ihre Vertreter dieses Postulates sind<sup>1)</sup>, und wie die verschiedenen, auf dieses prinzipielle Wis-

<sup>1)</sup> Es bedeutet schon viel, wenn FRICKER in seiner auch sonst sehr wertvollen Abhandlung: Das Problem des Völkerrechts, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28. Jhg. 1872 S. 90 ff. betont: „In erster Linie ist uns das Völkerrecht der Ausdruck für die Forderung, daß das Recht nicht an den Grenzen des Staates aufhört“ (a. a. O. S. 384); „das Recht“: das bedeutet doch wohl, daß dasselbe Recht staatliches Recht und Völkerrecht ist, daß beide zu einem System gehören. Und wenn er die Aufgabe der Rechtswissenschaft, den Rechtsstoff durch Hypothese zu bearbeiten und zur Einheit zu bringen, mehr ahnend als klar erkennend ausführt: „Hier wie überall würde es nicht die Höhe der Wissenschaft bezeichnen, wenn man bei dem gegebenen Stoffe, so wie er ist, stehen bleiben wollte ... Tatsachen und Anschauungen ... müssen sich beide gefallen lassen, im Lichte einer allgemeinen Idee betrachtet und gedeutet zu werden“ (a. a. O. S. 90/91). — Nur als ein Beispiel dafür, wie sehr der logisch-erkenntnistheoretische Charakter des Einheitspostulates verkannt werden kann, die Ausführungen von ULLMANN, Völkerrecht, 1908, S. 26: „Das Recht regelt menschliche Lebensverhältnisse. Die objektive Bestimmtheit dieser Verhältnisse postuliert die gleiche objektive Bestimmtheit der Rechtssätze — mit anderen Worten: Die Möglichkeit mehrfacher Normen für betreffende Lebensverhältnisse, die auf verschiedenen, einander fremden oder gar gegensätzlichen Autoritäten beruhen und einen verschiedenen Inhalt haben, ist ausgeschlossen. Es ergibt sich dies aus dem notwendigen Zusammenhang des Inhalts eines Rechtssatzes mit der Beschaffenheit des betreffenden Lebensverhältnisses; jeder Rechtssatz beansprucht ausschließliche Geltung, denn er erscheint als der jeweilige Ausdruck der in den Lebensverhältnissen selbst niedergelegten und von den Recht schaffenden Autoritäten erkannten Ordnung.“ Was hier „objektive Bestimmtheit“ genannt

senschaftsziel gerichteten Hypothesen gleichsam nur instinktiv und mangels des klaren Bewußtseins ihrer Funktion zum größten Teile im vollkommensten Widerspruch zueinander und oft in den seltsamsten Verkleidungen entwickelt werden.

Unter diesem Gesichtspunkt ist vor allem die im vorhergehenden schon des öfteren erwähnte Anerkennungstheorie zu beurteilen. Unter der Voraussetzung der Souveränität des Staates, genauer: eines bestimmten Einzelstaates, das heißt aber der eigenen staatlichen Rechtsordnung, wird ein Völkerrecht „für“ diesen Staat, werden Normen für das Verhalten dieses Staates gegenüber anderen Staaten als gültig oder verbindlich nur unter der Bedingung betrachtet, daß dieses Völkerrecht, daß aber auch dieser andere Staat von dem eigenen Staate „anerkannt“ sei. Bei Aufrechterhaltung des Dogmas von der Souveränität des eigenen Staates ist diese Anerkennungstheorie die notwendige Hypothese, um die Einheit von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung, aber auch den notwendigen Einheitsbezug zwischen der eigenen staatlichen Rechtsordnung — die den Ausgangspunkt der juristischen Erkenntnis bildet — und den übrigen staatlichen Rechtsordnungen herzustellen. Ihrem rechtologischen Sinne nach bedeutet die „Anerkennung“ des Völkerrechts durch einen Staat nichts anderes, als daß die eigene, in der „Verfassung“ wurzelnde, souveräne Rechts- und Staatsordnung für ein bestimmtes Gebiet menschlichen Verhaltens — nämlich das Verhältnis zu anderen Staaten — auf die unter dem Namen des Völkerrechts bekannten Normen „verweist“<sup>1)</sup>, so wie etwa in einzelnen Rechtssätzen der staatlichen Rechtsordnung auf die Normen der Moral oder Sitte („Treu und Glauben“, „Billigkeit“ usw.) verwiesen wird. Und wie durch eine solche Verweisung oder Delegation die Moral oder einzelne Normen derselben zu Bestandteilen der Rechtsordnung werden können, so wird das Völkerrecht durch die „Anerkennung“ zu einem Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung, die so — und das ist das Entscheidende — auch diesem Völkerrecht gegenüber den Charakter einer souveränen Ordnung bewahrt. Dabei ist es natürlich gleichgültig, ob die eigene Rechtsordnung mit einem besonderen Rechtssatze das sog. allgemeine

---

wird, ist nichts anderes als Einheit. Und diese Einheit — notabene die Rechteinheit — liegt angeblich in den zu regelnden Gegenständen! Man denke aber an das Verhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter und dessen rechtliche Regelung nach sozialistischer und liberaler Rechtsanschauung. Und die rechtssetzende Autorität hat die Ordnung dieses Verhältnisses nur von dessen tatsächlicher Gestaltung abzulesen! Das letztere ist nicht einmal Naturrecht.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu: VERDROSS a. a. O. S. 339 ff.

Völkerrecht — und nur dieses kommt zunächst in Frage — ausdrücklich rezipiert, oder ob sie ein bestimmtes Organ ermächtigt, einen Anerkennungsakt zu setzen, oder ob die Anerkennung des allgemeinen Völkerrechtes nur indirekt, etwa dadurch aus der eigenen Rechtsordnung interpretiert wird, daß diese bestimmte Organe zur Pflege des internationalen Verkehrs, insbesondere zum Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen, also zur Satzung von partikulärem Völkerrecht delegiert. Bei dem partikulären Vertragsvölkerrecht, das nur durch den Willensakt eines von der staatlichen Rechtsordnung hiezu ermächtigten Organs gesetzt wird, ist der Einheitsbezug kraft Delegation offenkundig. Hier liegt sichtlich das gleiche Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht vor, das etwa zwischen Gesetzes- und Verordnungsrecht derselben Verfassung besteht. Und wie das System des Verordnungsrechts — das System der durch Verordnung gesetzten Normen — als gesetzlich delegierte Ordnung in dem Bilde eines niederen, „unter“ dem Gesetzesrecht stehenden Systems vorgestellt werden kann, so kann die Gesamtrechtsordnung, deren Rahmen die Verfassung bildet, als „höhere“, weil allgemeinere, umfassendere Ordnung gegenüber dem delegierten Völkerrecht vorgestellt werden, das seinen rechtlichen Grund in dieser Verfassung findet, aus ihr „abgeleitet“ erscheint. Der souveräne Staat steht, bildlich gesprochen, auch „über“ dem Völkerrecht, das, wenn es überhaupt „Recht“ sein soll, eben nur sein Recht sein kann. Das Völkerrecht wird auf solche Weise zu einem „äußeren Staatsrecht“

### § 37.

#### Das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht.

Es ist kein Zufall, daß unter diesem Namen das Völkerrecht gerade bei HEGEL<sup>1)</sup> abgehandelt wird, dessen Rechtsphilosophie die Souveränität des Staates zum Mittelpunkt hat, ja geradezu in einer Vergöttlichung des Staates gipfelt und folgerichtig jede Vorstellung einer über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung ablehnt. Und es ist kein Zufall, daß die HEGELsche Auffassung des Völkerrechtes, die im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts bereits als überwunden galt<sup>2)</sup>, im dritten Drittel, nicht zuletzt unter dem großen Einflusse TREITSCHKES, wieder zur Geltung kam. Dieser lehrte, „daß der Staat gar nicht imstande ist, rechtlich eine Gewalt über sich zu dulden“,

<sup>1)</sup> Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 3. Aufl. 1854, S. 416 ff.

<sup>2)</sup> KALTENBORN, Kritik des Völkerrechtes, 1847, S. 149. Vgl. auch dessen treffende Kritik der Fichteschen sowie der auf Hegel fußenden Völkerrechtstheorie a. a. O. S. 142 ff.

daß die Souveränität geradezu das Kriterium für die Natur des Staates sei<sup>1)</sup>, und sagt über das Verhältnis des Staates zum Völkerrecht: „Will man sich über die Bedeutung des Völkerrechtes nicht täuschen, so muß man sich gegenwärtig halten, daß alles Völkerrecht das Wesen des Staates nicht aufheben darf. Es kann nie eine Forderung des Staates vernünftig sein, die ihn zum Selbstmorde zwingt. Jeder Staat muß auch in der Staatengesellschaft souverän bleiben, die Wahrung der Souveränität ist seine höchste Pflicht auch im Völkerverkehr“<sup>2)</sup>. Damit war der Rechtstheorie die Aufgabe gestellt, die Souveränität des Staates mit der Vorstellung eines Völkerrechtes irgendwie in Einklang zu bringen. Der verhältnismäßig konsequenteste Versuch in dieser Richtung ist die Konstruktion ZORNs<sup>3)</sup>. Die Einheit des Rechtes ist der Ausgangspunkt. Dabei ist ihm aber das Recht identisch mit der staatlichen Rechtsordnung: „Ein Komplex von Imperativen, welche der Staat an seine Untertanen richtet und mit Zwang schützt“<sup>4)</sup>. „Recht ist Ausfluß der Souveränität des Staates und teilt mit dieser die begriffliche Einheit“<sup>5)</sup>. Wenn daher Völkerrecht Recht sein soll, muß es Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, kann es nur „äußeres Staatsrecht“<sup>6)</sup> sein. Noch deutlicher drückt diesen Gedanken ALBERT ZORN aus, wenn er sagt: „Völkerrecht ist juristisch Recht nur, wenn und soweit es Staatsrecht ist“<sup>7)</sup>. Mit seiner Rechtsdefinition stellt sich PH. ZORN auf den Standpunkt des Primates der staatlichen Rechtsordnung. Nur die Konsequenz dieser Position ist dann seine Konstruktion des Völker-

<sup>1)</sup> Politik, Vorlesungen herausgegeben von CORNICELIUS, 2. Aufl. 1899, I. Bd. S. 35.

<sup>2)</sup> a. a. O. II. Bd. S. 550. Die Vorlesungen über Politik hat TREITSCHKE seit 1863/4, regelmäßig seit 1874/5 gehalten. Vgl. dazu das Vorwort des Herausgebers I. Bd. S. III.

<sup>3)</sup> PHILIPP ZORN, Die deutschen Staatsverträge, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 36. Bd., 1880, S. 1 ff. Auf derselben Grundlage steht auch ALBERT ZORN, Grundzüge des Völkerrechts, 2. Aufl. 1903.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 6.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 20.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 8.

<sup>7)</sup> a. a. O. S. 7. „Die Normen des Völkerrechts sind Rechtsnormen insoweit, als sie als Bestandteil des nationalen Rechts, sei es auf Grund von Vereinbarungen, wie sie in Staatsverträgen zustande kommen, sei es infolge der auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung ruhenden gleichgerichteten Gesetzgebung der einzelnen Staaten, oder endlich hervorgerufen durch die Bildung eines auch das Recht beeinflussenden Herkommens, von dessen Gesetzgebung als Recht zum Ausdruck gebracht sind“ (a. a. O. S. 9). Natürlich geht auch ALBERT ZORN vom Souveränitätsdogma aus. Die Staaten sind „als solche einmal vollkommen unabhängig und in ihrer Machtvollkommenheit nur durch sich selbst beschränkt und beschränkbar, und weiterhin einander in jeder Beziehung gleichgeordnet“ (a. a. O. S. 6).

rechts. Und zwar die gleiche Konsequenz, die — allerdings nicht so deutlich — in der von der ganzen Völkerrechtstheorie akzeptierten Anerkennungstheorie aus der gleichen — freilich nur stillschweigenden, meist nicht ausgesprochenen — Voraussetzung eines Primates der staatlichen Rechtsordnung gezogen wird. ZORN gibt nur einer die gesamte Theorie des Völkerrechts beherrschenden Tendenz Ausdruck. Da aber diese Tendenz nicht die einzige ist, sondern sich — sehr widerspruchsvoll — mit anderen auf ein Primat des Völkerrechts oder auf einen Dualismus beider Rechtsordnungen abzielenden Denkrichtungen kreuzt und vermengt, hat ZORN Opposition gefunden. Sein großer Vorzug ist aber der der Konsequenz.

Nicht konsequent ist die ZORNsche Konstruktion nur insofern, — und in diesem Punkte bedeutet sie nicht mehr den Versuch einer Konstruktion, sondern die offenbare Leugnung des Völkerrechts — als der Rechtscharakter des zwischenstaatlichen Vertrages negiert wird. „Er birgt zunächst gar keinen juristischen — auch keinen völkerrechtlichen — Charakter, sondern lediglich den einer des Rechtsschutzes völlig ermangelnden faktischen Verabredung auf Treu und Glauben zwischen den Vertretern zweier oder mehrerer Staaten“<sup>1)</sup>. Da die „Form der Rechtssetzung“ im konstitutionell monarchischen Staate ausschließlich Gesetz und Verordnung sei, könne „die Erhebung eines Vertragsentwurfes zum Rechte nur in einer von diesen beiden Formen erfolgen“<sup>2)</sup>. Diese Ansicht beruht allerdings auf einem Irrtum, kann jedoch unbeschadet der ZORNschen Grundkonstruktion korrigiert werden. Gesetz und Verordnung sind keineswegs gleichsam a priori die einzigen Formen der Rechtssatzung — weder in der konstitutionellen Monarchie, noch auch in der demokratischen Republik. In welcher Form die Veränderung der Rechtsordnung erfolgen könne, bestimmt die jeweilige Verfassung. Auch das Rechtsgeschäft ist zweifellos eine Form der Rechtssetzung. Wenn aber die Verfassung — wie dies regelmäßig der Fall ist — ein bestimmtes Organ zum Abschluß von Staatsverträgen ermächtigt, so ist eben auch ein mit dem Vertreter eines anderen Staates abgeschlossener „Vertrag“ eine Form, in der die Rechtsordnung inhaltlich abgeändert oder fortgebildet werden kann, neue, Menschen verpflichtende Normen zu den alten hinzutreten können, nämlich die

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 10.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 23. Ueber die „Transformationstheorie“ (derzufolge der Staatsvertrag einer Umformung in die Formen des Gesetzes oder der Verordnung bedürfe) vgl. VERDROSS, Das Verhältnis der verfassungsmäßigen Staatenverträge zum Gesetzesrecht, „Juristische Blätter“ 1917, Nr. 46 und 47.

im Vertrag enthaltenen. Daß diese Form nicht hinreiche, um „nach innen“, d. h. für die Untertanen und Behörden des Staates Verbindlichkeiten zu schaffen, das müßte aus der Verfassung nachgewiesen werden. Daß der Staatsvertrag ganz ebenso wie das private Rechtsgeschäft nur innerhalb des Rahmens der Gesetze und nicht diesen Gesetzen derogierend normierende Funktion haben solle, scheint im allgemeinen durchaus nicht dem Sinne des von den Verfassungen benützten Begriffes einer zwischenstaatlichen Vereinbarung zu entsprechen. Der Staatsvertrag muß keineswegs dem privaten Rechtsgeschäft, er kann ohne weiteres dem Gesetze gleichgestellt werden. Dabei kommen die staatsvertragsmäßig gesetzten Normen nicht als überstaatliches, sondern als „innerstaatliches“ Recht in Betracht.

Gerade wenn man auch den sog. Staatsvertrag auf Grund seiner Einsetzung durch die Verfassung als unmittelbare Form staatlicher Rechtssetzung erkennt, kann bei der Konstruktion nach dem Primat des Staatsrechts eine wesentliche Qualität des Völkerrechtes und besonders des völkerrechtlichen Vertragsrechtes gewahrt werden: die sog. wechselseitige Verbindlichkeit des Vertrages, das Prinzip, daß der vertragschließende Staat nicht „einseitig“, ohne Zustimmung des anderen vertragschließenden Teiles die mit dem Vertrag übernommene Verpflichtung aufheben kann. Nimmt man an, daß eine rechtliche Verbindlichkeit für den Staat erst in der Form eines Gesetzes oder einer Verordnung entsteht, dann kann diese rechtliche Verbindlichkeit wieder durch Gesetz und Verordnung, das heißt also: in Formen aufgehoben werden, die den anderen Staaten keine Mitwirkung gewähren. Erkennt man den — verfassungsmäßig delegierten — Vertrag als eine unmittelbare Form staatlicher Rechtssetzung, dann ergibt sich aus dem rechtslogischen Grundsatz, daß jede Rechtsnorm nur unter den Bedingungen abgeändert werden kann, die die Rechtsordnung — deren Bestandteil sie ist — bestimmt, und aus dem üblichen Begriff des Vertrages, dessen sich die Verfassung bedient: daß der im Vertrage erzeugte „Wille“ des Staates nur abgeändert werden könne mit Zustimmung des anderen Staates, d. h. durch einen neuen Vertrag und nicht durch ein — einseitig erlassenes — Gesetz<sup>1)</sup>. Dabei soll nicht behauptet werden, daß aus dem Begriff des Vertrages schlechtweg dessen Endigung durch *mutuus dissensus* geschlossen werden dürfe. Ein Vertrag ist zunächst nichts anderes, als der Tatbestand einer geäußerten Willensübereinstimmung, an den die Rechtsordnung gewisse Folgen knüpft; die Verpflichtung zu dem

<sup>1)</sup> Vgl. dazu die vorzüglichen Ausführungen von VERDROSS, Zur Konstruktion des Völkerrechts S. 348. Erst VERDROSS hat die sog. staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts vollständig durchgeführt.

vertragsmäßigen Verhalten. Ob überhaupt und wie diese Verpflichtung aufgehoben werden könne, muß die Rechtsordnung bestimmen. Nur weil und soferne man allgemein und somit auch der Gesetzgeber — allerdings irrigerweise — annimmt, daß die Aufhebung durch *mutuus dissensus* mit dem Wesen des Vertrages begrifflich verbunden sei, so muß — weil eben der Gesetzgeber mit dieser Vorstellung operiert — diese Art der Aufhebung als eine durch die Rechtsordnung — nur wegen der irrigen Vorstellung von dem Inhalt des Vertragsbegriffes nicht ausdrücklich — angeordnete angesehen werden. Das gilt insbesondere für den von der Verfassung benützten Begriff des Staatsvertrages, in dem ja — will man ihn vernünftig und nach dem durchschnittlichen Sinne dieses Wortes interpretieren — die völkerrechtliche Theorie von dem *mutuus dissensus* als Endigungsgrund mitgedacht ist.

Während die durch verfassungsmäßig geschlossene Staatsverträge gesetzten Normen durch ein späteres Gesetz einseitig nicht abgeändert werden können, ist nicht einzusehen, warum nicht der jüngere Staatsvertrag dem älteren Gesetz unmittelbar derogieren sollte, sobald nur überhaupt die unmittelbar rechtserzeugende Kraft des verfassungsmäßig zur Rechtserzeugung delegierten Staatsvertrages zugegeben ist. Wenn der — verfassungsmäßig zustandekommende — Staatsvertrag den „Willen“ des Staates enthält, muß er nach dem Grundsatz der *lex posterior* dem älteren „Willen“ des Staates, der in einem Gesetz zum Ausdruck kommt und dessen Abänderung durch einen verfassungsmäßig zustandegekommenen Willen nicht bezweifelt werden kann, vorgehen. Wenn einem jüngeren Gesetze einem älteren Vertrage gegenüber diese Kraft fehlt, so liegt das eben nur daran, daß ein einseitiges Gesetz den Gegenstand des Vertrages betreffend eben nicht ein verfassungsmäßig zustandegekommener „Staatswille“ ist. Verfassungsmäßig ist auf diesem Gebiete ein Vertrag gefordert. Inwiefern die gleiche Rechtswirkung wie durch Staatsvertrag durch parallele Gesetze zweier Staaten erzielt würde, die ihre Abänderung wechselseitig wiederum von parallelen Gesetzen abhängig machen (sog. *paktierte Gesetze*), gehört in einen anderen Zusammenhang.

Indem ZORN dem Staatsvertrag jede unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit abspricht, macht er das Völkerrecht nicht mehr zu einem äußeren Staatsrecht, sondern er leugnet es überhaupt. Denn ein anderes als ein partikuläres Vertragsvölkerrecht kann es ja nach der ZORNschen Konstruktion überhaupt nicht geben<sup>1)</sup>, und dieses

<sup>1)</sup> Vgl. dazu ALBERT ZORN a. a. O. S. 10.



wird gänzlich denaturiert, wenn seine einseitige Abänderbarkeit behauptet wird. Doch muß betont werden, daß diese Wendung der ZORNschen Konstruktion mit ihrem Grundprinzip nicht notwendig verbunden ist, ja zu ihm sogar in einem gewissen Widerspruch steht.

### § 38.

Zuspitzung der Theorie vom Staat als ausschließlichem Adressaten des Völkerrechts.

In diesem Punkte aber trifft sich ZORN mit zahlreichen anderen Theoretikern, die ihm — seltsamer Weise — gerade deshalb opponieren, weil seine Konstruktion dem Wesen des Völkerrechts nicht zu genügendem Ausdruck ver helfe. Die Lehre, daß die Staaten Subjekte des Völkerrechtes seien, hat nämlich in der deutschen Theorie fast allgemein eine Zuspitzung erfahren, die auf einen bis zur Vernichtung des Völkerrechts getriebenen Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung hinausläuft. Indem man erklärt: Nur der Staat sei Adressat der völkerrechtlichen Normen, folgert man: Nur der Staat, nicht aber seine Untertanen oder Organe seien durch das Völkerrecht verpflichtet. Solle diese letztere Folge erzielt werden, müsse durch Gesetz oder Verordnung, also in den spezifischen Formen staatlichen Rechts, ein Befehl, eine Norm an Untertanen oder Organe des Staates ergehen. Als ein typisches Beispiel dieser Theorie sei hier LABAND angeführt, der folgendes ausführt: „Ein Staatsvertrag hat an und für sich gar keine Rechtswirkung nach innen (gegen Behörden und Untertanen), sondern einzig und allein nach außen. Staatsverträge sind Rechtsgeschäfte, durch welche nur die Kontrahenten gegeneinander Ansprüche und Verpflichtungen begründen . . . Die Entscheidung, ob ein Staatsvertrag erfüllt werde oder ob die völkerrechtlichen Folgen der Nichterfüllung getragen werden sollen, steht in jedem Falle nur dem Staat als solchen, der Regierung, nicht den einzelnen Untertanen oder Behörden zu. Der völkerrechtliche Vertrag als solcher verpflichtet die letzteren niemals und unter keinen Umständen, und die einzelnen Behörden und Untertanen sind in keinem Falle weder befugt noch imstande, den Vertrag zu erfüllen. Nur der Staat als solcher, der das alleinige Subjekt der aus dem Staatsvertrag hervorgehenden Pflichten ist, vermag dieselben zu erfüllen. Diese Erfüllung geschieht in der Mehrzahl der Fälle durch einen Befehl an die Untertanen resp. an die Behörden“<sup>1)</sup>. „Der Abschluß des Vertrages konstatiert nur den

<sup>1)</sup> Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Bd. 5. Aufl. S. 126. Ganz ebenso — um einen spezifischen Völkerrechtsjuristen zu zitieren — HEILBORN a. a. O. S. 90.

Willen des Staates, sich zu verpflichten, nicht aber den Willen des Staates, die Verpflichtung zu erfüllen.“ Dieser Wille zur Erfüllung werde eben erst durch den „Befehl“ an die Behörden und Untertanen gesetzt<sup>1)</sup>).

In den Ausführungen dieses Meisters deutscher Rechtswissenschaft ist vor allem die bis zum äußersten getriebene Hypostasierung des Staates, diese vollkommene Loslösung einer Personifikation von dem personifizierten Substrat, der Ordnung menschlichen Verhaltens, bemerkenswert. Sie ist es schon deshalb, weil sie zweifellos typischen Charakter hat. Der Staat als ein von seinen Organen und Untertanen verschiedenes, selbständiges und unabhängig von diesen Organen verpflichtbares Wesen! Allein was bleibt vom Staate übrig, wenn man seine Organe und Untertanen wegdenkt? Eine Rechtsordnung ohne Inhalt. Es ist überaus charakteristisch, daß LABAND diesen von seinen Organen und Untertanen entblößten Staat, diesen „Staat als solchen“ mit seiner — „Regierung“ identifiziert, um nur überhaupt für ihn ein Substrat zu haben, wobei freilich nicht gut geleugnet werden kann, daß die Regierung doch wohl eine „Behörde“ des Staates sei.

Es mag immerhin aus denkökonomischen und aus Gründen der Anschaulichkeit gerechtfertigt sein, wenn man das Rechtssubjekt „Staat“ als Personifikation von den Menschen unterscheidet, deren Verhalten — als von Untertanen oder Organen — den Inhalt der personifizierten Rechtsordnung bildet. Allein man darf doch über solch einer Personifikation niemals vergessen, daß Inhalt einer Ordnung, einer Norm oder Pflicht menschliches Verhalten sein muß, andernfalls die Norm eben überhaupt keinen Inhalt hat, d. h. aber zu nichts verpflichtet. Wenn das Verhalten einer juristischen Person — also der Personifikation einer Ordnung — als Inhalt einer Norm oder Pflicht gedacht wird, so ist dies natürlich nur so möglich, daß — in gedanklicher Auflösung der nur zu bestimmten Zwecken vollzogenen und nur nach diesen Richtungen zulässigen Personifikation — als Inhalt der Pflicht das Verhalten jenes Menschen gedacht wird, dessen nähere Bestimmung durch die in der juristischen Person personifizierte Ordnung, Teil- oder Spezialrechtsordnung, erfolgt. Wenn ein Verein durch die Rechtsordnung zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, so bedeutet das eben gar nichts anderes als: daß zu diesem Verhalten ein Mensch verpflichtet wird, dessen Bestimmung die von der Rechtsordnung delegierte Vereinsordnung vornimmt, die als „niedere“ oder Teil-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 130.

rechtsordnung einen Bestandteil der Gesamtrechtsordnung bildet und in dieser ihrer Individualität gegenüber der Personifikation der Gesamtrechtsordnung „Staat“ als spezielle juristische Person veranschaulicht wird. Andernfalls würde es — nichts bedeuten. Denn eine juristische Person ist eben nur die personifizierte Einheit einer Ordnung, deren zu ihrem Wesen gehöriger Inhalt das Verhalten von Menschen ist<sup>1)</sup>.

Welchen Inhalt soll nun die völkerrechtliche Norm haben, die den „Staat“, nicht aber seine Untertanen oder Behörden verpflichtet? Da keines Menschen Verhalten, eben überhaupt keinen Inhalt<sup>2)</sup>! Verzichtet man — wie dies LABAND fordert — auf eine Auflösung der Hypostasierung „Staat“ im Inhalt der völkerrechtlichen Norm, dann negiert man eben diese Norm überhaupt, da man sie eines Wesensbestandteils beraubt. Und daß dies der Effekt — wenn vielleicht auch nicht die bewußte Absicht LABANDS und der ganzen Lehre von der alleinigen Verpflichtung des „Staates“ durch das Völkerrecht ist, das geht noch deutlicher aus der eigenartigen Unterscheidung hervor, die LABAND — durch seine erste Position gedrängt — zwischen dem Willen des Staates, sich zu verpflichten, und dem

<sup>1)</sup> Das ist der rechtslogische Sinn des in der juristischen Literatur nicht zum Schweigen zu bringenden Zweifels an der „Realität“ der juristischen Person und der immer wieder in den verschiedensten Formen auftauchenden Behauptung, daß „eigentlich“ ja doch nur der physische Mensch Rechtssubjekt sei; ob nun FICHTE (Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Sämtl. Werke, 3. Bd., 1895, S. 371) erklärt, „der Staat an sich ist nichts als ein abstrakter Begriff, nur die Bürger als solche sind wirkliche Personen“, oder ob HÖLDER (Natürliche und juristische Personen, 1905) „die Rechtsbeziehungen eines Gemeinwesens als Rechtsbeziehungen der in dessen Angelegenheiten zuständigen Menschen“ gelten lassen will.

<sup>2)</sup> SELIGMANN, Abschluß und Wirksamkeit der Staatsverträge, 1890, S. 9 f. „Ein Staatsvertrag als Rechtsgeschäft kann . . . nur Rechtsgrund . . . für die Verpflichtung und Berechtigung der juristischen Person des Staates sein; für das volle Inkrafttreten gegenüber Organen und Untertanen muß noch der weitere Umstand hinzutreten, daß ein jeder Staat für sein Machtgebiet und an seine Behörden und Rechtsgenossen einen Befehl erläßt, die Vertragsbestimmungen zu achten und zu befolgen. Darin besteht recht eigentlich das Wesen der juristischen Person, daß sie Rechte und Pflichten haben kann, welche nicht solche ihrer Organe und Mitglieder sind.“ Es mag aus konstruktiven Gründen zweckmäßig sein, Pflichten und Rechte der juristischen Person als solcher anzunehmen. Es ist aber unmöglich, irgendeine Pflicht oder Berechtigung der juristischen Person anzunehmen, deren Inhalt nicht zugleich Inhalt der Pflicht oder Berechtigung eines Organs oder Mitglieds, d. h. deren Inhalt nicht eines Menschen Verhalten wäre, das — kraft seiner Qualität als Inhalt einer (verpflichtenden oder berechtigenden) Norm — der zur juristischen Person hypostasierten Ordnung oder Teilordnung, dieser „Person“, zugerechnet, d. h. auf die Einheit der Ordnung bezogen wird.

Willen, die Verpflichtung zu erfüllen, zu machen gezwungen ist. Denn der wesentliche Inhalt jeder Verpflichtung ist eben: ihre Erfüllung! Die Pflicht, ein Darlehen zurückzuerstatten, bedeutet die Verpflichtung zu einem Verhalten, das treffend als Erfüllung der Pflicht charakterisiert ist, weil es, den Inhalt der Pflicht bildend, diese „erfüllt“. Eine Verpflichtung, die nicht ihre Erfüllung zum Inhalt hat — welcher Selbstwiderspruch! — ist eben eine inhaltslose, ist eben keine Verpflichtung. Der Staatsvertrag wäre somit, soweit er in der Sphäre des Völkerrechts bleibt — und LABAND unterscheidet diese beiden Sphären — auch nach LABAND ganz ebenso wie nach ZORN eine rechtlich unverbindliche Verabredung des Inhalts, eine Verpflichtung des Staates — und noch dazu eine einseitig durch Staatsgesetz oder Verordnung lösbare Verpflichtung — zu setzen. Das bedeutet aber die Leugnung des Völkerrechts vom Standpunkt der souveränen Rechtsordnung, die im Einzelstaat personifiziert wird; was freilich LABAND nicht zugibt, da er ja sogar gegen die ZORNsche Konstruktion, die das Völkerrecht zu einem bloßen äußeren Staatsrecht degradiert, Stellung nimmt. Zumindest aber hat der Gedanke, daß eine inhalterfüllte, konkrete Rechtspflicht betreffend das Verhalten des Staates gegenüber anderen Staaten nur in den — mit Recht oder Unrecht — als spezifisch angenommenen Formen staatlichen Rechts (Gesetz und Verordnung) gesetzt werden könne, als Konsequenz der Theorie, daß nur Staaten Subjekte des Völkerrechts seien, eine sehr pointierte Form der Theorie vom Primate der staatlichen Rechtsordnung zur Voraussetzung. Was natürlich nicht hindert, daß dieser Gedanke auch mit Vorstellungen vom Primate des Völkerrechts faktisch verbunden wird.

### § 39.

#### Untertanen als Subjekte des Völkerrechts.

Nimmt man an, daß die Normen des Völkerrechts vom Staate — für den sie gelten — anerkannt, d. h. also: von der staatlichen Rechtsordnung aufgenommen sein müssen, dann kann das Völkerrecht den Staat nicht anders verpflichten als die staatliche Rechtsordnung selbst, deren Bestandteil es ja nur ist. Das Problem der Verpflichtung des „Staates“ durch seine eigene Rechtsordnung, d. h. durch sich selbst, die sogenannte Selbstverpflichtungstheorie und ihr Verhältnis zur Konstruktion des Völkerrechtes wird noch des Näheren zu untersuchen sein. Hier sei nur in Hinsicht auf die Frage nach den Subjekten des Völkerrechts festgestellt, daß der „Staat“ „sich selbst“ nur verpflichten kann, indem er bestimmte Menschen

verpflichtet, deren Verhalten als solches des „Staates“ gedeutet, dem „Staate“ zugerechnet wird. Daß der Staat sich selbst verpflichten könne, ohne dabei seine Organe zu verpflichten, dürfte ernstlich kaum behauptet werden, wenn man den Rechtscharakter der Staatsordnung nicht in Frage stellen will. Ist das Völkerrecht „äußeres Staatsrecht“ oder sonstwie Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, dann kann der Satz, daß der Staat Subjekt des Völkerrechts sei, mit Rücksicht darauf begriffen werden, daß eben jeder Rechtssatz der Rechtsordnung den Staat verpflichtet, daß als Inhalt jeder Rechtsnorm ein dem Staate zuzurechnendes, d. h. im Einheitsbezug stehendes menschliches Verhalten zu erkennen ist. Es muß also unter allen Umständen ein Mensch — wenn auch in dieser Richtung als „Staatsorgan“ — verpflichtet sein.

Indes zeigt die Problematik des Begriffs des Staatsorgans, die Unmöglichkeit, juristisch zwischen Staatsorgan und Untertan prinzipiell zu unterscheiden, die Hinfälligkeit der These, daß nur Staaten, nicht aber Menschen Subjekte des Völkerrechts seien<sup>1)</sup>. Juristisch kann als Organ des Staates, d. h. aber: als Organ der Rechtsordnung nur ein Mensch bezeichnet werden, dessen Verhalten dem Staate auf Grund von Rechtsnormen darum zugerechnet wird, weil es — auf bestimmte Weise — als Inhalt dieser Rechtsnormen erscheint.

---

<sup>1)</sup> WILHELM KAUFMANN, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu denselben, 1899, vertritt im Gegensatz zur herrschenden Lehre den folgenden Standpunkt: „Dementsprechend regeln die internationalen objektiven Rechtsordnungen ausweislich ihres Inhalts heutzutage nicht bloß Rechte und Pflichten der Staaten zueinander, sondern auch Rechte und Pflichten der verschiedenen Staaten untertanen Individuen zueinander und zu den verschiedenen Staaten usw. . .“ a. a. O. S. 2. KAUFMANN geht von der Vorstellung aus: „Das internationale Recht ist in Hinblick auf die Quelle, auf welche es seine Geltung zurückführt, das höhere gegenüber dem staatlichen Recht“ (a. a. O. S. 78). Aus dieser Qualität der „höheren“ Ordnung schließt KAUFMANN, daß dort, wo eine unmittelbare Regelung durch Völkerrecht vorliegt, das widersprechende staatliche Recht dem Völkerrecht weichen muß. „Wo dies aber geschieht, da weichen rechtlich vor der Rechtsordnung der internationalen Völkergemeinschaft als der höheren Rechtsordnung die Rechtsordnungen der in jener befaßten einzelnen Staatsgemeinschaften“ (a. a. O. S. 44). Indes kann zu demselben Ergebnis auch die Konstruktion gelangen, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung annimmt. Und zwar nicht bloß hinsichtlich des Vertragsrechts, das dem Gesetzesrecht derogiert, selbst aber nur durch Vertrag derogiert werden kann, sondern hinsichtlich des ganzen „anerkannten“ Völkerrechts, mit welchem eben auch der Rechtssatz „anerkannt“ und zum Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gemacht wird, daß eine einseitige Aufhebung durch den Staat unzulässig, unmöglich sei. Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 157.

Die Zurechnung zum Staate bedeutet für die formal juristische Betrachtung nur die Erkenntnis der Einheitsbeziehung, in der dieses menschliche Verhalten als Inhalt einer Norm zu anderen menschlichen Handlungen — als Inhalt von Normen desselben Systems, derselben Rechtsordnung — stehen. Organ des Staates ist, wer mit seinem Verhalten die Normen der staatlichen Ordnung erfüllt, d. h. das Recht realisiert. Es kommt natürlich darauf an, wie man den Rechtsatz konstruiert, um die einen oder die anderen Handlungen als Staatsakte zu erkennen. Juristisch kann als Staatsakt nur die Pflichterfüllung begriffen werden, und in der Eigenschaft als qualifizierter (bedingter) Norminhalt, als Pflichterfüllung erschöpft sich das rechtliche Wesen der dem „Staat“ zuzurechnenden menschlichen Handlung; das Wesen der Organqualität<sup>1)</sup>. Nun arbeitet die juristische Terminologie mit einem wesentlich engeren Organbegriff — sofern überhaupt von einem einheitlichen Organbegriff des juristischen Sprachgebrauchs die Rede sein kann. Dieser engere Organbegriff beruht auf außerjuristischen Kriterien. Diese aufzuzeigen ist hier kein Anlaß. Das eben Gesagte genügt, um die folgende Schwierigkeit in der Lehre von den Subjekten des Völkerrechts zu beleuchten.

Wenn etwa ein Völkerrechtssatz die Verpflichtung statuierte, daß ein Staat, der gegen einen anderen Krieg führen will, an diesen vor Beginn der Feindseligkeiten eine formelle Kriegserklärung zu richten habe, so ist damit das Verhalten eines Menschen normiert, dessen nähere Bestimmung die einzelstaatliche Rechtsordnung dadurch vornimmt, daß sie ausdrücklich feststellt, wem das Recht (oder die Pflicht) der Kriegserklärung zustehe; etwa dem Präsidenten der Republik oder dem Monarchen, die als Organe des betreffenden Staates (und

<sup>1)</sup> Vgl. dazu oben S. 118, Anm. 1, S. 128/129, S. 147, Anm. 2. Wenn BINDER in seiner Schrift „Rechtsnorm und Rechtspflicht“ (1912) daraus, daß die Rechtsnormen nicht an das „Volk“, sondern an die „Behörde“ gerichtet seien, den Schluß zieht, daß die Pflicht kein juristischer Begriff sei, so geht er offenbar zu weit. Zumindest eine Rechtspflicht der „Behörde“, d. h. des Staates und daher der Menschen, deren Handlungen als solche des Staates gelten, muß er doch zugeben, wenn er den „imperativen“ Charakter der Rechtsnorm anerkennt. Und das tut er: denn er nimmt z. B. die Rechtsnorm an: „du sollst, wenn ein bestimmter . . . Tatbestand vorliegt, eine Strafe verhängen“ (S. 23) und er spricht ausdrücklich von einer „Strafpflicht der Behörde“ (S. 27). Demgegenüber ist es allerdings unverständlich, daß er an anderer Stelle das „Sollen“ als Aussageform der Rechtssätze und damit den Begriff der Rechts-„Norm“ überhaupt ablehnt. Die Geltung des Rechts beruhe in seiner „Durchsetzbarkeit“ (S. 47). Ist das die Tatsächlichkeit der Durchsetzung? Das kann doch kaum behauptet werden. In welchem Sinne ist aber dann der Tatbestand mit dem Zwangsakte im Rechtssatz verbunden? Wenn nicht im Sinne des Seins, dann doch wohl nur in dem des Sollens.

zwar als Organe in dem engeren Sinne des Sprachgebrauches) dessen völkerrechtliche Verpflichtung zur Kriegserklärung erfüllen. Wenn aber z. B. die das Recht der Blockade betreffenden Völkerrechtssätze den blockierenden Staat zu einem bestimmten Verhalten gegenüber Angehörigen von neutralen Staaten, wenn die den Landkrieg regelnden Normen des Völkerrechts den kriegführenden Staat zu einem bestimmten Verhalten gegenüber der Zivilbevölkerung berechtigen, und somit notwendigerweise auch umgekehrt Angehörige der neutralen oder feindlichen Staaten zu einem bestimmten Verhalten gegenüber dem blockierten oder zu Land kriegführenden Staate verpflichten, also Personen völkerrechtlich verpflichtet werden, die nicht mehr als „Staatsorgane“ in dem üblichen engeren Sinne des Sprachgebrauches anzusehen sind, dann ist die Behauptung, das Völkerrecht richte sich nur an Staaten, nicht mehr leicht aufrecht zu erhalten. Es ist Völkerrechtsbruch, wenn Privatpersonen das Blockaderecht verletzen, es ist Völkerrechtsbruch, wenn Privatpersonen als Franktireure gegen kämpfende Armeen auftreten. Also müssen es Privatpersonen sein, die völkerrechtlich verpflichtet werden. Nun könnte man, weil und sofern es sich dabei um „Angehörige“ eines Staates, d. h. um Personen handelt, die rechtlich als Staatsbürger eines bestimmten Staates in Betracht kommen, in einem weiteren Sinne auch von „Organen“ des Staates sprechen und die betreffenden Menschen — als Organe des Staates — d. h. also den Staat selbst als Subjekt der in Frage stehenden völkerrechtlichen Pflichten deuten. Daß diese Menschen nicht Subjekte völkerrechtlicher, sondern nur landesrechtlicher Pflichten seien, sofern eben ihr Staat — an den allein die Norm des Völkerrechts gerichtet ist — ihnen völkerrechtsgemäßes Verhalten geboten hat, kann ernstlich nicht geltend gemacht werden, denn dieses Argument wurde ja bereits im Vorhergehenden in der Theorie von den spezifischen Rechtsformen des staatlichen Rechts (Gesetz und Verordnung) widerlegt. Der völkerrechtliche Charakter einer Verpflichtung bleibt unberührt, ob er nun in Form eines Staatsvertrages oder eines Gesetzes oder sonst einer verfassungsmäßigen Staatswillensäußerung erscheint. Allein, selbst abgesehen von dieser Erkenntnis, läßt sich die These, der „Staat“ allein sei Subjekt des Völkerrechts, die Menschen nur Subjekte staatlichen, völkerrechtsgemäßen Rechtes nur solange halten, als man mit Menschen operiert, die einem bestimmten Staate „zugehören“. REHM<sup>1)</sup> hat als Beispiel für eine unmittelbare Ver-

<sup>1)</sup> Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, I. Bd. (1906) S. 53 ff. REHM behauptet — ebenso wie WILHELM KAUFMANN im Widerspruch zu der herrschenden Auf-

pflichtung von Menschen durch das Völkerrecht angeführt: „Piraten, die aus zivilisierter Gegend stammen, aber keinem zivilisierten Staat mehr angehören.“ Auch solche Menschen — denen gegenüber eine staatliche Gesetzgebung gar nicht Platz greifen kann — verletzen das Völkerrecht, wenn sie Piraterie betreiben. Und nur weil sie als durch das Völkerrecht verpflichtet angesehen werden, ist der gegen sie in Fällen des Unrechts geübte Zwang Erfüllung des Völkerrechts, handelt der Zwangsvollstrecker als Organ des Völkerrechts.

Aus diesem Grunde ist der Satz, daß das Völkerrecht nur Staaten verpflichte, nicht haltbar; denn eine Zurechnung der vom Völkerrecht normierten menschlichen Handlungen zu einem bestimmten Staate, d. h. die Beziehung zu einer speziellen, einzelstaatlichen

fassung — nicht nur Staaten, auch Untertanen von Staaten können Subjekte völkerrechtlicher Pflichten (nicht aber solcher Rechte) sein. Er verweist auf das Recht der Blockade und Kriegskonterbande gegenüber Angehörigen neutraler Staaten. Hier übe ein Staat völkerrechtliches Imperium unmittelbar gegen Angehörige fremder Staaten aus. Deren Untertanen seien durch das Völkerrecht unmittelbar zu einem bestimmten Verhalten dem blockierenden Staate gegenüber verpflichtet. Das bedeutet: Der blockierende, Konterbande aufbringende Staat, bzw. dessen Organ handelt hier als Organ des Völkerrechts, nicht der speziellen staatlichen Rechtsordnung; das korrespondierende Verhalten der Untertanen des fremden Staates ist unmittelbar Inhalt völkerrechtlicher Normen. Dies ist der Ausdruck jener Konstruktion, die das Völkerrecht als eine über den Staaten stehende Ordnung auffaßt (Primat des Völkerrechts). JELLINEK (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. S. 328), der die Auffassung vertritt, das Völkerrecht sei Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, konstruiert den vorliegenden Fall natürlich anders: Der Kriegführende ist kraft Völkerrecht kompetent, sein Imperium über die fremden Untertanen auszudehnen. Das heißt: Die Organe des kriegführenden Staates wenden das zum Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung gewordene Völkerrecht, also nur Normen des eigenen staatlichen Rechtes an, dem die Untertanen des fremden Staates als unterworfen gedacht werden. Das ist nur konsequent vom Standpunkt des Primates der eigenen staatlichen Rechtsordnung, die notwendigerweise auch für die Angehörigen fremder Staaten für verbindlich angesehen werden muß, da der fremde Staat vom Standpunkt der eigenen, souveränen Ordnung nur als eine von dieser delegierte Ordnung — er muß „anerkannt“ sein — gelten kann. REHM führt dagegen an: „Allein die Herrschaft, die ein Staat kraft Völkerrecht über Staatsfremde außerhalb seines Gebietes ausübt, ist keine staats-, sondern eine völkerrechtliche. Die durch Staatsrecht bestimmte Gewalt des Staates besitzt ihre Grenzen an seinem Gebiet und seinen Angehörigen“ (a. a. O. S. 54). Allein dies ist kein Argument gegen die JELLINEKsche Ansicht, sondern eine von einer wesentlich anderen Voraussetzung ausgehende, auf Grund einer anderen Hypothese aufgebaute Konstruktion. REHM steht eben — offenbar ganz unbewußt — auf dem Standpunkt eines Primates des Völkerrechts.



Rechtsordnung läßt sich zwar in der Regel, aber keineswegs ausnahmslos durchführen <sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> Ich freue mich, in der Frage nach dem Subjekte des Völkerrechtes beinahe ganz mit KRABBE übereinzustimmen, der in seinem Werke „Die moderne Staats-Idee“ ausführt: „Subjekte des internationalen Rechtes sind die Menschen, denen als Beherzigern der Interessen, um welche jenes Recht sich kümmert, Befugnisse und Verpflichtungen zufallen. Es ist jedoch nicht bloß juristisch unrichtig, wenn man die aus Verträgen hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen als Staatsrechte und Staatsverpflichtungen betrachtet, sondern es verdunkelt auch die Realität des Rechtslebens, in dieser Weise Fiktionen zu Rechtsträgern zu machen. Als terminologische Abkürzung ließe es sich vielleicht verteidigen, daß man den Staat als Interessengemeinschaft das Subjekt des internationalen Rechtes nennt und tatsächlich ist dies auch der Fall, aber genau genommen müßte dies bedeuten, daß dadurch die Menschen, welche die Normen zu befolgen haben, bloß indirekt angewiesen wären. So verhält es sich jedoch keineswegs. Wenn man den niederländischen <Staat> als durch die Verträge gebunden betrachtet, so sagt uns dies nichts über die Personen, welche in Wirklichkeit dieser Gebundenheit unterliegen. Vielleicht sind dies die Regierung, der Richter, der Staatsanwalt, der Gesetzgeber, der Bürgermeister, eine Deichbehörde, eine Privatperson. Wer von denselben unter den Geboten des internationalen Rechtes steht, das hängt davon ab, welche Interessen in diesem Rechte ihre Wertung bekommen haben, und welche Personen nach konstitutionellem (nationalem oder internationalem) Recht zur Beherzigung dieser Interessen angewiesen worden sind.“ A. a. O. S. 275/6.

Die Voraussetzungen, von denen aus KRABBE zu diesen Ergebnissen gelangt, sind allerdings problematisch. Die Menschen sind Subjekte des internationalen Rechtes, weil der Staat durch das Völkerrecht nicht verpflichtet werden könne. „Irgendwelchen Verpflichtungen kann der Staat als Rechtsgemeinschaft nicht unterworfen werden, denn eine solche Verpflichtung würde auf die Forderung hinauslaufen, nach einem anderen Rechtsmaßstab, als welcher mit dem Staate als Rechtsgemeinschaft gegeben ist, eine Ordnung hervorzurufen, was einer Aufhebung des Staatscharakters gleichkommen würde. Selbstverständlich kann aus einer internationalen Regelung eine Verpflichtung des Gesetzgebers oder der Regierung hervorgehen, mittels genauer Vorschriften jene Regelung auszuarbeiten, aber hierbei funktionieren dieselben dann auch nicht als Organe des Staates als einer Rechtsgemeinschaft, sondern als Organe der internationalen Rechtsgemeinschaft. Die Rechtswirkung, welche vom Staate ausgeht, offenbart sich ausschließlich in der Anlegung des besonderen, ursprünglichen Rechtsmaßstabes, welcher einen Staat vom anderen unterscheidet. Freiheit und Selbständigkeit in der Rechtsbildung ist also mit dem Staate unverbrüchlich verbunden“ (S. 272). Dieser „ursprüngliche“ Rechtsmaßstab, den KRABBE gelegentlich in einen Gegensatz zu „abgeleiteter Autonomie“ (S. 269) stellt, diese „Freiheit und Selbständigkeit“ als Wesensmerkmal des Staates ist nur eine verkappte Souveränität. Das Völkerrecht kann den Staat nicht verpflichten, denn dieser ist souverän! Das ist der — freilich stark verhüllte — Kern der KRABBEschen Argumentation. Er steht mit der Lehre von der Rechtssouveränität nicht nur nicht im Widerspruch, sondern ist sogar eine Konsequenz derselben, sofern die Rechtsgemeinschaft des Staates als identisch mit der Rechtsordnung erkannt wird

## § 40.

## Die Theorie von der „Selbstverpflichtung“ des Staates.

Die den Primat der staatlichen Rechtsordnung und damit die Souveränität des Staates begründende (oder voraussetzende) Anerkennungstheorie ist wesensverwandt — wenn nicht identisch — mit der in der deutschen Staatsrechtslehre viel verbreiteten Anschauung, und die Souveränität sich auf die Rechtsordnung im Sinne einer einzelstaatlichen Ordnung bezieht. Freilich sagt KRABBE: „Auf der irrealen Grundlage der Staatssouveränität kann kein internationales Recht gebaut werden“ (S. 265). Aber auch die Souveränität des Rechtes als einer nationalen (einzelsaatlichen) Rechtsordnung läßt die Geltung einer über staatlichen (übernationalen) Rechtsordnung nicht zu! Dabei sucht leider auch KRABBE zwischen diesem Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung und einem Primat des Völkerrechtes eine logisch unmögliche Verbindung herzustellen, denn es bedeutet den unzweideutigen Primat der Völkerrechtsordnung, wenn KRABBE ausführt: „Zu den ältesten Interessen, deren Rechtswert im internationalen Recht seine Wurzeln hat, gehört vor allem das Interesse, welches ein Volk dabei hat, nach eigenem Rechtsmaßstabe die Gemeinschaft zu ordnen, was also sagen will: Das Interesse einen Staat zu bilden. Der Wert dieses Interesses ist ebensowenig wie der Wert irgendeines anderen Interesses ein unbedingter, und es hat also das internationale Recht den Rechtswert desselben zu bestimmen . . . . . Der Staatscharakter eines Volkes wurzelt also im internationalen Recht . . . . Ein natürliches Recht auf ein eigenes Rechtsleben gibt es nicht“ (S. 270/71). Schärfer kann der Gedanke, die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung im übergeordneten Völkerrecht zu begründen, nicht ausgesprochen werden. Freilich ist sich KRABBE der ganzen Tragweite der von ihm akzeptierten Hypothese nicht bewußt. Er sagt zwar: „Wenn das Recht eines Volkes ein Staat zu sein, im internationalen Recht wurzelt, so vermag das internationale Recht selbstverständlich auch zu bestimmen, wie weit jenes Recht sich erstreckt“ (S. 271). Das kann nichts anderes bedeuten, als daß die einzelstaatliche Rechtsordnung sich nur auf Grund oder innerhalb (beides ist identisch!) der völkerrechtlichen Delegation entfalten kann. Und damit kann natürlich von einem „eigenen“ und „ursprünglichen“ „Rechtsmaßstab“ — um mit KRABBE zu sprechen — keine Rede mehr sein. Dennoch fährt KRABBE fort: „Eine weitere Bedeutung hat jedoch das internationale Recht für den Staat als Rechtsgemeinschaft nicht. Er kann nur das eigene Rechtsleben eines Volkes einschränken“. Und nun entwickelt KRABBE die bereits oben dargelegte These: Irgendeiner internationalen Verpflichtung könne der Staat nicht unterworfen werden, denn das bedeute, ihn einem fremden Rechtsmaßstab unterwerfen, käme der Aufhebung des Staatscharakters gleich. Allein der Staatscharakter wurzelt doch nach KRABBE im internationalen Recht. Und das Interesse, nach eigenem Rechtsmaßstab die Gemeinschaft zu ordnen, wird durch das internationale Recht als Rechtswert bestimmt. Es ist der gleiche Widerspruch, den KRABBE selbst in der herrschenden Lehre zwischen dem Souveränitätsdogma und der Theorie des den Staaten übergeordneten Völkerrechtes erkannt hat. Vgl. a. a. O. S. 264 ff.

die die Geltung des Völkerrechts auf die sogenannte Selbstverpflichtung des Staates zurückführt. Schon BERGBOHM hat diese Theorie begründet, wenn er ausführt: „Vor allem erscheint die Vorstellung selbst, als werde durch die Statuierung eines Rechtes unter den Völkern ein Recht über die Völker gestellt, welches mit ihrer Freiheit, Unabhängigkeit oder Souveränität unverträglich sein müsse, unklar. Ihren eigenen Willen können sie doch unbeschadet ihrer Selbständigkeit gelten lassen? Oder müssen sie wirklich ihren eigenen Willen gerade deshalb verleugnen, weil der Wille einiger oder vieler anderer Staaten genau denselben Inhalt hat“<sup>1)</sup>? JELLINEK hat dann diesen Gedanken näher ausgeführt. Auch er geht von der Vorstellung der Staatssouveränität aus und kommt zu dem Schlusse: Da der Staat keiner anderen Gewalt unterworfen sein kann, muß er sich selbst verpflichten, um überhaupt verpflichtet zu sein. Es ist gewiß charakteristisch, daß er seine berühmte Selbstverpflichtungstheorie, die zum Mittelpunkt seiner Staatsrechtslehre geworden ist, eigentlich zur Begründung des Völkerrechts aufgestellt hat<sup>2)</sup>. Erkennt man den Staat als Rechtsordnung — und dies ist gerade in der Selbstverpflichtungstheorie der Fall, da diese ja vom Staate die Rechtsverpflichtung ausgehen läßt, eine rechtliche Verpflichtung aber nur von der Rechtsordnung ausgehen kann — dann ist das Problem: wie kann der souveräne Staat verpflichtet werden, offenbar ein Scheinproblem, lediglich dadurch hervorgerufen, daß man die im „Staate“ vollzogene Personifikation der Rechtsordnung nicht auflöst, die Hypostasierung nicht durchschaut. Die bei jeder Personifikation und Hypostasierung mit unterlaufende Verdoppelung des Erkenntnisgegenstandes — hier der Normen, die als die objektiven Rechtssätze einer einheitlichen Rechtsordnung, das andere mal als Pflichten und Rechte einer Person: des Staates erscheinen — läßt zum Problem werden, was für die reine, bildfreie Erkenntnis gar kein Problem ist<sup>3)</sup>. Denn Pflichten des Staates sind nichts anderes als in der Staats- oder Rechtsordnung statuierte Pflichten. Es handelt sich bei der Vorstellung von Pflichten des Rechtssubjektes Staat nur um die veranschaulichende Personifikation des Einheitsbezuges, in dem die Pflichten, d. h. die Normen desselben einheitlichen Systems, derselben Rechtsordnung stehen.

Sofern die „Theorie“, daß alle Pflichten des Staates auf einer „Selbstbindung“ beruhen, zur Konstruktion des Völkerrechts verwendet wird, läuft sie auf die Vorstellung vom Primate der staat-

<sup>1)</sup> Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1877, S. 19.

<sup>2)</sup> Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880.

<sup>3)</sup> Vgl. dazu VAHINGER, a. a. O. S. 50 ff. und passim.

lichen Rechtsordnung hinaus und besagt — aller Hypostasierung entkleidet — daß völkerrechtliche Pflichten — des Staates — nur als Normen der staatlichen Rechtsordnung, daß das Völkerrecht, sofern es Recht sein soll, nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gedacht werden kann. So führt JELLINEK aus: „Es muß aufgezeigt werden, daß es in dem innerstaatlichen Recht ein reflexives Moment gibt, daß Rechtssätze, deren juristische Qualität feststeht, vorhanden sind, welche vom Staat ausgehen und den Staat binden. Gelingt dieser Nachweis, so ist damit die juristische Basis des Völkerrechts gefunden. Mißlingt er, so ist eine Konstruktion des Völkerrechts auf Grund des in dem innerstaatlichen Recht enthaltenen Rechtsbegriffes nicht möglich. Das Völkerrecht ist dann nicht in jenem Sinne Recht, in welchem es das Privatrecht, das Strafrecht oder irgendein anderer Teil der vom Staate ausgehenden Rechtsordnung ist, ja es ist damit den Leugnern des Völkerrechts im Grunde alles eingeräumt, was sie nur wünschen“<sup>1)</sup>. Recht ist für JELLINEK eben mit „innerstaatlichem“ Recht identisch. Es ist durchaus der gleiche Ausgangspunkt wie bei ZORN und muß notwendigerweise zu demselben Resultate führen: Völkerrecht als äußeres Staatsrecht. „Denn nur sich selbst kann der Staat sich unterordnen und nur, wenn er sich unterordnen kann, ist er imstande, sich ein Recht nach außen zu setzen“<sup>2)</sup>. Mit der Annahme des Völkerrechtes als eines staatlichen Rechtes „nach außen“ wird natürlich die Vorstellung einer überstaatlichen Rechtsordnung abgelehnt. „Es wird also kein Zwang auf den Staat ausgeübt, wenn er Normen für sein Verhalten zu anderen anerkennt. Die völkerrechtlichen Normen sind nicht das Produkt einer über den Staaten stehenden höheren Macht, welche ihm dieselben etwa aufdrängte, es ist das Völkerrecht kein überstaatliches Recht, sondern es entspringt formell derselben Quelle, wie alles objektive Recht: dem Willen des rechtssetzenden Staates“<sup>3)</sup>. Ganz ebenso steht LISZT hinsichtlich des Geltungsgrundes des Völkerrechts auf dem Standpunkte der Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie. „Die verbindliche Kraft schöpfen die völkerrechtlichen Normen mithin aus dem sich selbst bindenden Willen der Staaten, nicht aus dem Willen

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 7.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 7.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 45. Vgl. dazu auch E. KAUFMANN, a. a. O. S. 175 ff. KAUFMANN findet, wie JELLINEK vom Souveränitätsdogma ausgehend, die Quelle des Völkerrechts „nur in dem sich selbst bindenden Willen der Vertragssubjekte“. Er polemisiert gegen den — freilich nicht sehr konsequenten — Versuch TRIEPELS, als Quelle des Völkerrechts die „Vereinbarung“ als einen von dem Willen des Einzelstaates losgelösten Gesamtwillen zu begründen, a. a. O. S. 160, 161.

einer diesen untergeordneten Macht. Das Völkerrecht ist Vertrag, nicht Gesetz<sup>1)</sup>. Wenn JELLINEK und LISZT die Selbstverpflichtung des Staates als Geltungsgrund des Völkerrechts einer Theorie entgegenstellen, die etwas über den Entstehungsprozeß aussagt, nämlich daß das Völkerrecht „Produkt“ einer höheren Macht (JELLINEK), daß es Ergebnis von Vertrag und nicht von Gesetz sei (LISZT), so liegt hier die für den üblichen Begriff der Rechtsquelle charakteristische Vermengung von Geltungsgrund und faktischem Entstehungsprozeß vor. Speziell bei LISZT zeigt sich deutlich, daß der vermeintliche Gegensatz in Wahrheit nicht besteht. Vertrag wie Gesetz sind Tatbestände, die eine Verfassung als „Rechtsquellen“ delegieren kann, und wenn dies die einzelstaatliche Verfassung tut, dann sind die so entstandenen Normen — weil aus der Verfassung des Staates abgeleitet oder bildlich: als Selbstverpflichtung zu begreifen — Bestandteile der staatlichen Rechtsordnung. Was LISZT meint ist dies: daß die völkerrechtlichen Normen nicht durch einen Gesetzgebungsakt gesetzt werden können, der von einer von der staatlichen Verfassung verschiedenen oder dieser übergeordneten Ursprungsnorm delegiert wird. Dies gilt aber auch von einem solchen Verträge. Das Völkerrecht wäre eine von der staatlichen Rechtsordnung verschiedene oder dieser übergeordnete Rechtsordnung, wenn man den die Verbindlichkeit der internationalen Verträge begründenden Rechtssatz, *pacta sunt servanda*, auf eine von der staatlichen Rechtsordnung verschiedene oder dieser übergeordnete Rechtsordnung zurückführte. Gerade ZORN, der die Vorstellung eines überstaatlichen Völkerrechtes noch am konsequentesten vermeidet, läßt das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht aus Staatsgesetzen hervorgehen!

Wer die Selbstverpflichtung des Staates als Geltungsgrund auch des Völkerrechts annimmt, der hat damit den Primat der staatlichen Rechtsordnung proklamiert und kann — will er konsequent bleiben — das Völkerrecht nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, als „äußeres Staatsrecht“ gelten lassen. Daß die beiden eben erwähnten Vertreter der Selbstverpflichtungstheorie dennoch Ansichten aussprechen, die den Primat des Völkerrechtes voraussetzen, darauf wird in einem späteren Zusammenhange zurückzukommen sein. Hier sei nur — wegen der symptomatischen Bedeutung — hervorgehoben, daß die Selbstverpflichtungstheorie sogar mit einer dualistischen Konstruktion des Völkerrechtes verbunden wird. Im vollkommenen Anschluß an JELLINEK erklärt NIPPOLD<sup>2)</sup>: „Alles Recht

<sup>1)</sup> Das Völkerrecht, 11. Aufl. 1918, S. 6.

<sup>2)</sup> Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, 1894.

hat seinen Ursprung im Willen des Staates, alles Recht geht vom Staate aus. . . . Auf den Willen des Staates muß also auch das Völkerrecht zurückgeführt werden, wenn es darauf Anspruch macht, ein Recht zu sein in dem allein für den Juristen maßgebenden Sinn dieses Wortes.“ „Der Staatswille ist der Ursprung des positiven Völkerrechts.“ „Indem der Staat Recht schafft, bindet er sich selbst rechtlich an das Gewollte! Der Staat schafft also Völkerrecht in derselben Weise wie er alles Rechts schafft: er wendet sich an einen Willen mit einer Norm und bindet diesen Willen an diese Norm . . . Die Annahme einer staatlichen Selbstverpflichtung ist notwendig nicht nur zur Konstruktion des Völkerrechts, sondern der meisten Rechtssätze . . .“<sup>1)</sup>. Konsequenterweise lehnt NIPPOLD die Vorstellung des Völkerrechts als eines über der staatlichen Rechtsordnung stehenden Normensystems ab<sup>2)</sup>. Denn wenn das Völkerrecht ebenso Wille des Staates ist, wie das Privat- oder Strafrecht, dann ist es eben ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung. Seltsamerweise weist aber NIPPOLD auch die Behauptung zurück, „daß dieses Völkerrecht kein Rechtsgebiet für sich sei, sondern äußeres Staatsrecht“<sup>3)</sup>. Und entwickelt nun — in einem unverhüllten und unverhüllbaren Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt eine extrem dualistische Konstruktion. „Jedes dieser Rechte (staatliches Recht und Völkerrecht) hat seine besondere Eigentümlichkeit und seine selbständige Existenz: Das Völkerrecht ist ebensowenig Staatsrecht, wie das Staatsrecht Völkerrecht ist“<sup>4)</sup>. Er betont „die Unabhängigkeit des Völkerrechts von staatsrechtlichen Normen“<sup>5)</sup>, sagt von der Natur des Völkerrechts,

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 18 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 3. „ . . . das Völkerrecht als eine über den Völkern stehende Rechtsordnung. Das Dasein einer solchen Rechtsordnung müssen wir aber entschieden bestreiten.“ Die Argumentation ist allerdings ebenso verfehlt wie für die Durchschnittsanschauung charakteristisch! Im „wirklichen Leben der Nationen“ „gibt“ es eine solche höhere Ordnung nicht. „Im wirklichen Leben der Völker herrscht nichts anderes als der Wille dieser Völker.“ Obgleich NIPPOLD die Theorie vertritt, daß der Wille des Staates das Recht sei, sagt er doch: „Von einer allgemeinen Herrschaft des Völkerrechtes kann also gar keine Rede sein. In Wirklichkeit herrscht, wo politische Rücksichten wegfallen, im Völkerleben heute so gut wie im Altertum und Mittelalter der Grundsatz, daß Macht vor Recht gehe“ (a. a. O. S. 5). Auf die Frage nach einer Soll-Ordnung der Hinweis auf das Faktum eines Seins! Und noch dazu ein gar nicht existentes Faktum, denn daß die Menschen sehr intensiv auch durch völkerrechtliche Normvorstellungen motiviert, beherrscht werden, ist zweifellos.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 65.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 72.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 78.

daß sie von der des Staatsrechts grundverschieden sei und „daß diese Grundverschiedenheit selbstverständlich eine total verschiedene juristische Betrachtungsweise für beide Gebiete voraussetzt“. Er hebt hervor, daß es sich nicht um bloße „Unterschiede“, sondern um eine „durchgehende Andersgeartetheit zwischen beiden Gebieten“ handelt und daß — da die Literatur dies nicht genügend berücksichtige — seine Tendenz sei: „die Selbständigkeit des Völkerrechts zu wahren“<sup>1)</sup>. Bei all dem muß nur rätselhaft bleiben, warum NIPPOLD mit solchem Nachdruck betont, daß es „derselbe Staat“ ist, „der sich in seinem Staatsrecht Normen für bestimmte Verhältnisse des inneren und äußeren Staatslebens“ setzt, und der auch „seine internationalen Verhältnisse regelt“. Und dies bleibt um so rätselhafter, als NIPPOLD entschlossen ist, seine dualistische Konstruktion mit der Behauptung auf die Spitze zu treiben, daß zwischen Völkerrecht und Landesrecht — als zwei gänzlich verschiedenen und voneinander unabhängigen Ordnungen — ein unlösbarer Widerspruch möglich sei. Er meint, daraus, daß es derselbe Staat sei, dessen Wille staatliches Recht und Völkerrecht darstelle, folge zwar, „daß die beiderseitigen Regeln, soweit sie denselben Gegenstand betreffen, inhaltlich regelmäßig übereinstimmen werden.“ „Diese inhaltliche Uebereinstimmung ist jedoch keine absolut notwendige. Für die rechtliche Beurteilung der einzelnen Sätze, sowohl der staats- als der völkerrechtlichen kommt auf inhaltliche Uebereinstimmung an sich wenig an. An sich können die einen sowohl wie die andern rechtlich existieren, selbst wenn sie im Widerspruch miteinander stehen sollten. Es ist dann Aufgabe der betreffenden Staaten, die inneren Widersprüche der einen oder anderen Sätze zu lösen, denn eine Lösung des Widerspruches, eine Uebereinstimmung des Staatswillens ist natürlich wünschenswert. Vorher existieren die fraglichen Sätze nebeneinander, trotzdem der Wille des einzelnen Staates dadurch dokumentiert, daß er mit sich selbst in Widerspruch geraten ist. Es zeigt sich auch hierin die Selbständigkeit des Völkerrechts vom Staatsrecht“<sup>2)</sup>. Dieser mit sich selbst in Widerspruch stehende Staatswille zeigt am deutlichsten den Stand der heutigen Rechtswissenschaft an! Er ist keineswegs die zufällige Entgleisung eines einzelnen Schriftstellers, er ist ein typisches Symptom. Es gibt kaum einen namhaften Vertreter der Staatsrechtslehre, in dessen Lehrmeinung nicht an der einen oder anderen Stelle der sich selbst widersprechende Staatswille feierlich anerkannt oder stillschweigend geduldet würde. Und doch ist dieser sich selbst widersprechende Staatswille nicht mehr und nicht

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 79.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 75 f.

weniger als die sich selbst aufhebende Rechtswissenschaft!<sup>1)</sup> Wenn NIPPOLD zu Beginn seiner Untersuchungen im Anschluß an BERGBOHM mit allem nur wünschenswerten Nachdruck betont: „Es gibt für den Juristen nur einen Standpunkt für die theoretische Behandlung eines Rechtsgebiets, so gut wie es nur ein Recht und einen Rechtsbegriff gibt“<sup>2)</sup>, und wenn er dann trotzdem mit zwei Rechten, dem staatlichen Recht und dem Völkerrecht operiert, so muß er freilich übersehen, daß ein Widerspruch zwischen Staatsrecht und Völkerrecht systematisch dasselbe bedeutet wie ein Widerspruch innerhalb der sogen. innerstaatlichen Rechtsordnung. Dann kann er sich freilich dabei beruhigen, dem Staate die Aufgabe zuzuschreiben, die Rechtserkenntnis zu leisten hat: den Widerspruch zu lösen<sup>3)</sup>.

### §. 41.

#### Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gültigkeit von Staatsverträgen.

Da NIPPOLD sich einer dualistischen Konstruktion zuwendet, ist zu begreifen, daß er in der Lehre vom Abschluß und der Wirksamkeit der Staatsverträge die in der neueren Literatur viel verbreitete Theorie akzeptiert, die prinzipiell zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gültigkeit unterscheidet. Diese Theorie ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß man Völkerrecht und Staatsrecht als zwei voneinander verschiedene, voneinander unabhängige

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Abhandlung „Ueber Staatsunrecht“ in GRÜNHUTS Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 40. Bd.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 2.

<sup>3)</sup> Unmittelbar nachdem NIPPOLD die dualistische Parole ausgibt: „Die Staatsrecht, die Völkerrecht“, drängt es ihn doch, die Einheit des Rechtes, die einheitliche Bezogenheit von Staats- und Völkerrecht irgendwie anzuerkennen: „Eine Wechselwirkung muß notwendigerweise vorhanden sein — wenn gleich dieselbe keineswegs so weit geht, wie gewöhnlich angenommen wird — schon deshalb, weil beide Rechte auf dem Willen des Staates beruhen, weil beide den Begriff des Staates voraussetzen und von der objektiven Natur des resp. der Staaten abhängen. Angesichts der Notwendigkeit einer solchen Wechselwirkung kann man sagen, daß Staatsrecht und Völkerrecht einander bedingen, einander begrifflich voraussetzen. Ein Völkerrecht ist nicht denkbar ohne Staatsrecht, weil es eben das Vorhandensein von Staaten voraussetzt und ein Staat im modernen Sinn ohne Staatsrecht undenkbar ist. Aber auch das Staatsrecht ist nicht ohne Völkerrecht denkbar, weil für einen verkehrtreibenden Staat der innere Rechtszustand einfach durch internationale Verhältnisse bedingt ist“ (a. a. O. S. 77, 78). Das ist, im Grunde genommen, eine vollkommen monistische Konstruktion!



Normsysteme annimmt. Daß diese Theorie dennoch mit monistischen Konstruktionen, sei es mit der Vorstellung von dem Primat des staatlichen Rechts, sei es mit der Lehre vom Primat des Völkerrechts oder gar mit beiden zugleich verbunden wird, dafür liefert gerade NIPPOLD ein sehr charakteristisches Beispiel. Er stellt die These auf: „Der Vertrag ist eben vom Standpunkt zweier Rechtsordnungen zu betrachten. Jede stellt selbständig ihre Sätze auf über Voraussetzungen und Wirksamkeit des Vertrages. Die Grundsätze der einen Rechtsordnung können aber für die andere Rechtsordnung nicht unbedingt maßgebend sein“<sup>1)</sup>. NIPPOLD folgt dabei TEZNER, der ausführt: „Die wechselseitige Unabhängigkeit der Entstehungs- und Endigungsgründe der staatsrechtlichen und der völkerrechtlichen Wirkungen einer Vertragserklärung erklärt sich nur daraus, daß die Voraussetzungen des Entstehens und des Fortbestandes dieser Wirkungen durch zwei verschiedene voneinander unabhängige Rechtsordnungen bestimmt werden“<sup>2)</sup>. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre streng genommen die, daß die Frage, ob ein zwischenstaatlicher Vertrag gültig abgeschlossen sei, entweder vom Standpunkt des Völkerrechts oder von dem der einzelstaatlichen Rechtsordnung zu beurteilen ist, und daß eine mögliche Differenz zwischen beiden Beurteilungen den gleichen Sinn hat wie ein Widerspruch zwischen Recht und Moral. Da vom Standpunkt des Völkerrechts die einzelstaatliche Rechtsordnung, von deren Standpunkt aber das Völkerrecht einfach nicht existieren kann, liegt im Grunde gar kein Problem vor. Dieses ergibt sich erst daraus, daß man in völliger Verkennung des entscheidenden normlogischen Prinzips beide Ordnungen doch irgendwie gleichzeitig in Geltung annimmt — man bezeichnet ja beide als Recht — und nun vor einem Widerspruch steht, wenn nach Völkerrecht andere Normen über den Abschluß eines Staatsvertrages vorliegen als nach den Verfassungen der vertragschließenden Staaten. Wenn die Theorie nun behauptet, die — nur nach Völkerrecht zu beurteilende — völkerrechtliche Gültigkeit, sei unabhängig von der — nur nach Staatsrecht zu beurteilenden — staatsrechtlichen, so ist das nicht eigentlich wörtlich zu nehmen. Sieht man näher zu, so zeigt sich, daß die Theorie, auch wenn sie scheinbar nur nach einer bloß völkerrechtlichen Gültigkeit fragt, dennoch eine rechtliche Gültigkeit überhaupt zu finden bestrebt ist, daß sie, wenn die „Völkerrechtslehre“ Gültigkeit trotz entgegenstehender Bestim-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 160.

<sup>2)</sup> Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, in GRÜNHUTS Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 20. Bd. S. 156.

mungen der einzelstaatlichen Verfassung behauptet, diese letztere irgendwie als ausgeschaltet, verdrängt oder derogiert ansehen muß. Es besteht in diesem Falle zweifellos die Tendenz, der staatlichen Rechtsordnung die Kompetenz abzuspochen, die Frage des Abschlusses von Staatsverträgen frei und unabhängig zu regeln. Es ist sehr charakteristisch, daß NIPPOLD erklärt: „Der Vertrag existiert nur völkerrechtlich und seine Wirkung ist eine lediglich völkerrechtliche (nimmt aber doch auch eine „staatsrechtliche Wirksamkeit“ an!). Die Gebundenheit der Staaten läßt sich vom Standpunkt des innerstaatlichen Rechts gar nicht konstruieren und ihre Vertragsrechte und Pflichten reichen gar nicht in die Sphäre des innerstaatlichen Rechtes hinein, sie sind aber nichts anderes als völkerrechtliche“<sup>1)</sup>. Auch TEZNER meint, der Versuch einer Staatsverfassung, etwa den Einfluß des Irrtums seiner völkerrechtlichen Repräsentanten auf die völkerrechtliche Wirksamkeit mit zu regeln, sei ein „Streich ins Wasser“<sup>2)</sup>; „das positive Staatsrecht möge immerhin intendieren, etwas darüber auszusagen, wann ein Vertrag des Staates, für den es gilt, nach Völkerrecht gültig abgeschlossen sei. Richtig ist die Aussage doch nur in dem Umfange, als sie durch das Völkerrecht akzeptiert wird“<sup>3)</sup>. „Richtig“, das kann wohl nur heißen: gültig. Das setzt aber voraus, daß das Völkerrecht als eine über den staatlichen Rechtsordnungen stehende Ordnung diese auch hinsichtlich ihrer sachlichen Kompetenz begrenzt oder doch nur Normen ganz bestimmten Inhalts „akzeptiert“ oder anerkennt. TEZNER teilt diese Vorstellung von dem Völkerrecht als einem übergeordneten Normensystem, obgleich er die damit unvereinbare dualistische Konstruktion vertritt. Er sagt ausdrücklich, das Völkerrecht sei „eine über den Staaten sich erhebende Rechtsordnung der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft“ und er lehnt es ab, „diese Gemeinschaft den Normen der einzelnen Staaten zu unterwerfen, anstatt die Staaten die Normen für ihr rechtliches Verhalten von ihrer Gemeinschaft empfangen zu lassen“<sup>4)</sup>. Ja, auch TEZNER betont, daß die Frage nach dem Zustandekommen eines Staatsvertrages „eine ausschließlich völkerrechtliche“<sup>5)</sup> sei! Wozu

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 96.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 125.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 141.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 123.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 123. Vgl. auch PRAMIC, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Oesterreich, 1915. Dieser vertritt einen dualistischen Standpunkt: „Die Beobachtung rechtlicher Vorgänge vom Standpunkte des Völker- und des Staatsrechtes hat uns gelehrt, daß wir es da mit zwei verschiedenen, von einander rechtlich vollständig unabhängigen Rechtsordnungen zu tun haben. Es wäre daher auch unzutreffend anzunehmen, daß die Emanationen des Staatsrechtes, falls es seine

dann die Theorie von den z w e i Rechtsordnungen, die unabhängig voneinander diese Frage beantworten?

Wenn man unter der Voraussetzung einer dualistischen Konstruktion des Völkerrechts zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gültigkeit des Staatsvertrages unterscheidet und die eine unabhängig von der anderen behauptet, muß man den Nachweis einer Völkerrechtsnorm erbringen, die unabhängig von den besonderen Bestimmungen der einzelstaatlichen Verfassungen den Abschluß von Staatsverträgen regelt, insbesondere die Frage beantwortet, wer befugt sei, Staatsverträge abzuschließen. Selbstverständlich kann dieser Nachweis nicht gelingen. Denn wenn sich auch gewohnheitsrechtlich völkerrechtliche Normen gebildet haben mögen, die bestimmte Organe des Staates, z. B. das Staatsoberhaupt zum Abschluß von Staatsverträgen im allgemeinen, oder Truppenbefehlshaber zum Abschluß von Kriegskonventionen delegieren, ohne Rücksicht darauf, ob diese Organe durch die Verfassungen ihres Staates hiezu in der gleichen Weise ermächtigt werden, so beziehen sich diese Völkerrechtssätze doch immer nur auf S t a a t s o r g a n e, das heißt auf Menschen, deren Organqualität wenigstens überhaupt, wenn auch nicht nach der bezeichneten Richtung, durch die Verfassung der Einzelstaaten bestimmt wird. Nur an Menschen, die in irgendeiner Beziehung als Organe der einzelstaatlichen Rechtsordnung qualifiziert sind, kann das Völkerrecht anknüpfen, d. h. es kann nicht auf jede Delegation der einzelstaatlichen Rechtsordnung verzichten. Immerhin wäre es aber denkbar, daß sich völkerrechtliche Normen bilden, die Menschen, welche von einzelstaatlichen Rechtsordnungen zu bestimmten Organfunktionen ermächtigt sind, unter teilweiser Delegation dieser Ordnungen, zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge delegieren, ohne daß dies auch in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen geschieht. Setzt man das Völkerrecht als über den

Kompetenz überschreitet, von dem Völkerrecht (ebenso umgekehrt) erst derogiert werden müßten. Maßt sich das eine Rechtsgebiet einen Eingriff in das andere an, so wird es von diesem nicht derogiert, sondern — wie die Praxis beweist — ignoriert“ (a. a. O. S. 53). Allein, wie kann das Staatsrecht seine Kompetenz überschreiten, wenn ihm keine Kompetenz vorgeschrieben ist, und von wo anders könnte eine Kompetenzabgrenzung des Staates ausgehen als von einer über dem Staate und daher mit der staatlichen Rechtsordnung in einem Einheitsbezug stehenden Völkerrechtsordnung? Ueberschreitet der Staat mit Bestimmungen über den Abschluß von Staatsverträgen seine Kompetenz, dann müssen diese Bestimmungen nichtig sein. Nur dann bedürfen sie keiner Derogierung durch das Völkerrecht, und nur ihre Nichtigkeit könnte der juristische Sinn der sonst juristisch nicht bestehenden Kategorie des „Ignorieren“ sein. All dies bedeutete aber, daß PITAMIC nicht mehr dualistisch, sondern monistisch konstruiert!

einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehend voraus, dann muß man den entgegenstehenden Inhalt der letzteren als aufgehoben annehmen. Vom Standpunkt des Primates einzelstaatlicher Rechtsordnung kann der bezügliche Völkerrechtssatz als vom Staate anerkannt, somit als Bestandteil der staatlichen Verfassung angesehen werden; und ein zuwiderstehender Rechtssatz der staatlichen Verfassung muß entweder nach dem Grundsatz der *lex posterior* als derogiert oder aber — wenn er selbst jünger ist — als nichtig erkannt werden, sofern in der verfassungsmäßigen „Anerkennung“ des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes die Unmöglichkeit einer anderen Aufhebung als durch Völkerrechtsgewohnheit oder Staatsvertrag mit allen Staaten der Völkergemeinschaft mit anerkannt ist. Ob der Nachweis solcher „Anerkennung“ gelingt, ist *quaestio facti*.

NIPPOLD versucht tatsächlich die Existenz eines von den einzelstaatlichen Verfassungen gänzlich unabhängigen Völkerrechtssatzes zu behaupten, der besagt, wer zum Abschluß von Rechtsverträgen befugt sei. Er lehnt ausdrücklich ab, diese Frage aus dem Staatsrecht zu beantworten. Er meint, es sei ein fundamentaler Fehler, eine völkerrechtliche Frage nach dem Staatsrecht entscheiden zu wollen. „Das Staatsrecht bestimmt, wer staatsrechtlich Verträge schließen kann. Mehr kann es gar nicht bestimmen, da es sonst seine Kompetenz überschreiten würde“<sup>1)</sup>. Indes scheint gerade nach NIPPOLD der Staatsvertrag eine völkerrechtliche Kategorie zu sein und daher das Staatsrecht seine „Kompetenz zu überschreiten“, wenn es überhaupt etwas über den Abschluß von Staatsverträgen bestimmt. NIPPOLD fährt nun fort: „Völkerrechtlich lautet die Antwort folgendermaßen: Dasjenige Staatsorgan, welches den Abschluß eines Vertrages tatsächlich vornimmt, wird zunächst als zu dieser Vornahme befugt angesehen“<sup>2)</sup>. Das tatsächlich „ratifizierende“ Organ sei völkerrechtlich ermächtigt, eine besondere staatsrechtliche Legitimation dieses Organs sei völkerrechtlich nicht gefordert, „da kein Völkerrechtssatz existiert, der eine besondere Legitimation vorschreibt“<sup>3)</sup>. Die Zulässigkeit dieser Schlußfolgerung kann bezweifelt werden. NIPPOLD selbst gibt sie übrigens sofort wieder auf. Festgestellt sei zunächst nur, daß schon in dieser Formulierung NIPPOLDS eine Verweisung des Völkerrechts auf die einzelstaatliche Rechtsordnung, sohin ein Einheitsbezug zwischen beiden und zwar die Konstruktion des Primates des Völkerrechts enthalten ist! Dasjenige „Staatsorgan“

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 115.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 116.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 116

sei völkerrechtlich befugt, das usw. Offenbar nicht jeder beliebige Mensch, sondern ein solcher, der sonst, d. h. nach anderer Richtung von der einzelstaatlichen Verfassung zu Staatsakten legitimiert ist! Sonst wäre es ja kein Staatsorgan. Wäre das Völkerrecht von der staatlichen Rechtsordnung wirklich unabhängig, dann müßte es eben aus seiner eigenen Quelle auch jene Normen produzieren, die dem betreffenden Menschen die Organqualität verleihen, kurz es müßten ohne Verweisung unmittelbar aus seiner eigenen Ursprungsnorm die einzelstaatlichen Rechtsordnungen abgeleitet werden können. Was natürlich gänzlich ausgeschlossen ist. Indes verläßt NIPPOLD die eben behauptete Position sehr bald und gelangt zu einer Konstruktion, die entweder die volle Rückkehr zu seiner ursprünglichen Voraussetzung des Primates des Staatsrechtes ist oder dahin gedeutet werden muß, daß in der Frage des Abschlusses der Staatsverträge das übergeordnete Völkerrecht bedingungslos die einzelstaatliche Rechtsordnung delegiere. Damit läßt er aber zugleich seine ganze Unterscheidung zwischen staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Gültigkeit fallen. Er untersucht die Frage, welche Konsequenz es habe, wenn ein zwar irgendwie durch den Monarchen ratifizierter Staatsvertrag nicht jene Genehmigung — etwa durch das Parlament — erhält, die nach der Verfassung des betreffenden Staates erforderlich ist. Man sollte die Antwort erwarten: der Vertrag ist völkerrechtlich gültig, aber staatsrechtlich ungültig. Solch ein Satz wäre von derselben rechtslogischen Qualität, wie etwa der, etwas sei Recht und Unrecht zugleich; es ist im Gebiete juristischer Erkenntnis die Aufhebung des Satzes der Identität, die Proklamierung des Grundsatzes:  $a = \text{non } a$ . Vor dieser von vielen Theoretikern aus der Lehre von der doppelten Gültigkeit des Staatsvertrags ungescheut gezogenen Konsequenz schreckt jedoch gerade NIPPOLD zurück. Er meint, „daß ein solcher Mangel selbstverständlich (!) auch völkerrechtlich in Betracht fallen muß. Die Perfektion des Vertrages läßt sich nicht trennen, entweder ist ein gültiger Vertrag zustandegekommen oder er ist es nicht — wenn man das Wort «Gültigkeit» in diesem Sinne versteht, läßt sich die Gültigkeit allerdings nicht spalten“<sup>1)</sup>. NIPPOLD zitiert hier zustimmend das Wort UNGERS — ein wirklich erlösendes Wort in der furchtbar verfahrenen Lehre vom Abschluß der Staatsverträge — „daß ein solcher Vertrag, wenn er mangels der (verfassungsrechtlich geforderten) Zustimmung (des Parlaments) ungültig ist, nicht bloß staatsrechtlich, sondern auch völkerrechtlich ungültig ist, daß er nach allen Seiten hin nichtig ist, weil nach meiner Ueberzeugung die Gültigkeit sich

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 148.

nicht spalten läßt und man unmöglich bei einem Vertrag unterscheiden kann, ob er nach außen gültig und nach innen ungültig, oder umgekehrt nach außen ungültig und nach innen gültig ist<sup>1)</sup>. Das ist nichts anderes als der Durchbruch des Gedankens der Einheit des Rechts und der Einheit der juristischen Erkenntnis. — Es ist interessant, zu beobachten, wie sich bei NIPPOLD die Rechtswahrheit gegen die von ihm selbst aufgerichteten Hindernisse sieghaft durchsetzt. Nachdem er mit nicht zu überbietender Schärfe die Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Völkerrechts von der staatlichen Rechtsordnung betont hat, erklärt er nun, daß „ein staatsrechtlicher Mangel, der die Perfektion des Vertrags betrifft, allerdings völkerrechtlich ins Gewicht fallen“ müsse. Der Grund hievon sei jedoch nicht der, daß den betreffenden Verfassungsbestimmungen „an und für sich“ auch völkerrechtliche Verbindlichkeit zukäme; „er liegt einfach in dem Mangel eines wirklichen Staatswillens“<sup>2)</sup>. Und nun entwickelt er die Anschauung, daß sich der Staatswille nur nach den Normen der einzelstaatlichen Verfassung bilden könne. „Wo die Verfassung den Staatswillen sich unter Beteiligung mehrerer Staatsorgane bilden läßt, müssen diese Organe zusammenwirken, um den Staatswillen zu erzeugen. Sonst entsteht kein Vertrag, keine Wirkung für den betreffenden Staat. Es kommt solchenfalls durch Erklärung eines Organs kein Vertrag zustande, weder vom völkerrechtlichen, noch vom staatsrechtlichen Standpunkte aus“<sup>3)</sup>. Das ist aber nur möglich, wenn das Völkerrecht als Bestandteil staatlicher Rechtsordnung, als äußeres Staatsrecht aufgefaßt wird, oder wenn man die einzelstaatliche Ordnung insbesondere auch hinsichtlich der Frage nach dem Abschluß von Staatsverträgen durch das höhere Völkerrecht delegieren läßt. Kurz: bei monistischer Konstruktion. Vielleicht ist es — um den Zustand der Rechtswissenschaft zu charakterisieren — nicht ganz überflüssig, anzumerken, daß NIPPOLD, nachdem er vom Primat der staatlichen Rechtsordnung ausgegangen ist, dann zu einer dualistischen Konstruktion gegriffen hat, schließlich auch die Annahme eines Primates des Völkerrechtes ausdrücklich bekennt — freilich ohne sich im geringsten des prinzipiellen Widerspruchs bewußt zu werden. Er sagt wörtlich: „Der völkerrechtliche Standpunkt ist gewissermaßen (!) ein höherer, allgemeinerer, von dem aus man viele Staaten sieht...“<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> GRÜNHUTS Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 6. Bd., S. 349.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 144.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 144 f.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 164.

Auch TEZNER läßt schließlich die einzelstaatliche Verfassung darüber entscheiden, wie ein Staatsvertrag gültig abgeschlossen werde. Damit eine staatliche Willenserklärung zustandekomme, müssen die Erfordernisse der Verfassung beobachtet werden. „Die Verletzung der diese Erfordernisse bestimmenden Vorschriften wird als Verletzung der Verfassung reprobirt. Die verfassungswidrig abgegebenen Erklärungen sind unbedingt nichtig, d. h. sie sind keine Willenserklärungen des Staates; der Effekt ist derselbe, als ob sie gar nicht gegeben worden wären, sie wiegen soviel als die Willenserklärung eines Privatmanns...“<sup>1)</sup>. Das aber ist der Standpunkt eines Primates der staatlichen Rechtsordnung, sofern eben TEZNER darauf verzichtet, die bezüglichlichen Verfassungsbestimmungen als durch das Völkerrecht delegiert zu erkennen. Und so hat auch TEZNER den Weg über alle drei einander ausschließenden Hypothesen betreffend das Verhältnis von staatlichem Recht und Völkerrecht zurückgelegt<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 168.

<sup>2)</sup> In einer Polemik gegen die auf meine Lehre vom Rechtssatz aufgebaute Konstruktion VERDROSS' bemerkt TEZNER (Die Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, Zeitschrift für Politik, 9. Bd. S. 562 f.): „Die Lehre KELSENS von dem in logischen Syllogismen eingeschlossenen und von diesem einzigen Punkte aus zu erklärenden Normen- oder Gesetzesstaat... übersieht, daß formale Logik und praktisches Bedürfnis in unversöhnlichem Kampf miteinander liegen und daß kraft dieses Gegensatzes das positive Recht voll ist von Dogmen, Abstraktionen, Imaginationen, Fiktionen, Phantasiegebilden, Janusgesichtern, die dem Versuch einer logisch tadellosen Synthese spotten. Im positiven Rechte kann etwas zugleich A und non A, Recht und Unrecht sein, wenn auch von verschiedenen Seiten betrachtet.“ Ich habe darauf lediglich zu erwidern: Ich habe niemals versucht, den Staat in logische Syllogismen einzuschließen. Der Syllogismus gehört zur Technik der Interpretation, mit der sich meine Theorie bisher gar nicht beschäftigt hat. Wohl aber fasse ich den Staat als Normen-, d. i. als Rechtsstaat auf, weil eine andere Auffassung — zumindest vom juristischen Standpunkte — mit der durch die juristische Betrachtung gegebenen Voraussetzung unvereinbar ist. „Juristisch“ kann man nur Recht — und sonst nichts — erkennen. Dann aber leugne ich, daß praktisches Bedürfnis und formale Logik miteinander im Kampfe liegen können. Logik ist die Sphäre des Denkens, praktisches Bedürfnis das Gebiet des Wollens und Handelns. Wer unlogisch denkt, dürfte kaum seine Bedürfnisse praktisch befriedigen können. Schließlich: Von Dogmen, Abstraktionen, Imaginationen, Fiktionen, Phantasiegebilden, Janusgesichtern ist nicht das Recht — dieses ist eine Summe von Normen menschlichen Verhaltens — sondern ist die Rechtswissenschaft voll, die — ebenso wie die primitive Naturbetrachtung — in dem Bestreben, den Erkenntnisstoff zu meistern, gedanklich zu beherrschen, zu einem Gefangenen der eigenen Denkbehalte wird und in der von ihr selbst angerichteten Wirrnis nicht mehr aus noch ein weiß. Oder bedarf es noch einer deutlicheren Bankerotterklärung dieser Rechtswis-

Beinahe überflüssig ist es, hervorzuheben, daß zur Theorie einer doppelten Gültigkeit des Staatsvertrages auch dann kein Anlaß ist, wenn etwa eine Verfassung ausdrücklich ein bestimmtes Organ allein zum gültigen Abschluß von Staatsverträgen ermächtigt und dabei die Zustimmung anderer Organe fordert, ohne jedoch diese Zustimmung zur Bedingung der Gültigkeit zu machen. Solch eine Zustimmung — etwa des Parlamentes zur Ratifikation durch den Chef der Exekutive — kann verfassungstechnisch als *lex imperfecta* oder in der Weise angeordnet sein, daß die Unterlassung ihrer Einholung mit Straffolgen für ein hierfür verantwortliches Organ — etwa die die Ratifikation kontrasignierenden Minister — verbunden ist. Hier ist der ohne Zustimmung der Parlamente ratifizierte Vertrag — ebenso nach außen wie nach innen — gültig. Eine von der Gültigkeit des Vertrages gänzlich verschiedene Frage ist die nach den Unrechtsfolgen der Unterlassung<sup>1)</sup>. Irgendein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung liegt nicht vor, ebensowenig wie bei einem gültigen, aber mit Strafe bedrohten Privatrechtsgeschäft. Der „Staat“ will: d. h. es soll — unter ganz bestimmten Bedingungen, nämlich im Falle eines verbotenen Rechtsgeschäftes zwischen A und B — der A oder B bestraft und im Nichtleistungsfalle gegen den B oder den A exequiert werden. Ein Widerspruch läge nur vor, wenn unter derselben Bedingung der A gestraft und zugleich nicht gestraft, gegen den B exequiert und zugleich nicht exequiert werden sollte

## § 42.

### Das Völkerrecht als „gemeinsames“ Recht.

Die den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung voraussetzende Theorie von der staatlichen Selbstverpflichtung oder dem Willen des Einzelstaates als Geltungsgrund des Völkerrechts muß — sofern man sie auf eine Vielheit von Staaten anwenden will — zunächst zu der Position führen, daß Völkerrecht das mehreren Staaten gemeinsame, für jeden Staat durch seinen eigenen Willen geschaffene äußere Staatsrecht sei. Schon FRICKER hat dies als die Konsequenz der auf der Selbstverpflichtungstheorie fußenden Konstruktion BERGBOHMS aufgezeigt. „Das Völkerrecht muß ein gemeinsames Recht, dieses aber der eigene Wille jedes unter ihm stehenden Staates sein. In dem Erfordernis der Gemeinsamkeit wird der Begriff des Völkerrechtes festzuhalten gesucht, in dem Erforder-

senschaft, als jener, die in dem Zugeständnis liegt, im Bereiche ihrer Erkenntnis gelte der Satz, daß etwas zugleich A und non A sein könne?

<sup>1)</sup> Vgl. dazu LISZT a. a. O. S. 162.



nis des eigenen Willens des Subjektes wird der Unmöglichkeit, einen über den souveränen Staaten herrschenden Willen zu konstruieren, Rechnung getragen<sup>1)</sup>. Vom Standpunkt der Selbstverpflichtungstheorie ist die Gemeinsamkeit ein reiner Zufall, denn keine rechtliche Notwendigkeit führt sie herbei. Die Staaten, von denen jeder nach dieser Theorie nur seinem eigenen Willen unterworfen ist, können sich ja nicht gegenseitig verpflichten. Es müssen außerrechtliche Tatsachen sein — juristisch irrelevante Vorgänge — die dazu führen, daß mehrere Staaten ihrem äußeren Staatsrecht den gleichen, oder einen korrespondierenden Inhalt geben. Es bedeutet einfach einen Widerspruch zu der von ihm akzeptierten Selbstverpflichtungstheorie, wenn JELLINEK — nachdem er erklärt hat, daß der Staat nur durch sich selbst verpflichtet werden kann — gegen die mit der Selbstverpflichtungslehre untrennbar verbundene, ja mit ihr identische Konstruktion des Völkerrechtes als äußeres Staatsrecht polemisiert und zu einem „objektiven“ Völkerrecht zu gelangen versucht, indem er sich zu beweisen bemüht, „daß der eigene Wille des Staates für den andern Recht zu schaffen“<sup>2)</sup> imstande sei. Er beruft sich dabei auf die seltsame Behauptung: „Zum Rechtssubjekt kann ein Individuum mir gegenüber nur durch meinen Willen erhoben werden, nur dadurch, daß ich meinen Willen als durch den andern beschränkbar anerkenne“<sup>3)</sup>. Ein solcher Individualismus müßte jede Rechtsordnung unmöglich machen. Die Rechtsordnung berechtigt und verpflichtet; sie „anerkennt“, „verleiht“ — wie man sich auszudrücken pflegt — solcher Art die Rechtspersönlichkeit; ganz ebenso wie die Rechtsordnung und nicht das Rechtsgeschäft verpflichtet und berechtigt, wie ein ungenauer Sprachgebrauch allerdings nicht selten behauptet. JELLINEK meint, die Staaten würden dadurch zu Rechtssubjekten, daß sie sich gegenseitig

<sup>1)</sup> Noch einmal das Problem des Völkerrechts, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 34 (1878) S. 377. Man beachte den offenbar unbeachteten, aber unvermeidlichen Widerspruch in dieser Darstellung: jeder Staat steht „unter“ dem Völkerrecht und: es ist unmöglich, einen „über den souveränen Staaten herrschenden Willen zu konstruieren“. FRICKER fügt sehr treffend hinzu: „Ich glaube, daß dieser Versuch nicht gelungen ist und nicht gelingen kann. Ich halte es nicht für möglich, folgendem Dilemma zu enttrinnen: entweder stehen die Einzelstaatswillen über dem gemeinsamen Willen, d. h. es löst sich dieser als ein besonderer objektiver Wille von den Einzelwillen überhaupt nicht ab, — dann ist ein objektives Völkerrecht nicht zu gewinnen, oder der gemeinsame Wille steht, einmal geworden, mit eigener objektiver Autorität über den Einzelstaatswillen, — dann ergibt sich zwar ein Völkerrecht, aber dasselbe ist ein von dem eigenen Willen des Staates unterschiedener besonderer Wille.“

<sup>2)</sup> Staatenverträge, S. 47.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 7.

anerkennen. Allerdings: „Der Staat muß den andern als Rechtssubjekt anerkennen . . . Der Staatswille ist hier gebunden an die objektive Natur der Staatenbeziehungen . . . . . Und hiemit ist uns der Fingerzeig gegeben, wie trotz der einseitigen Schöpfung des Völkerrechts durch die Einzelstaaten ein gemeinsames, und zwar nicht nur zufällig gemeinsames Recht erzeugt wird“<sup>1)</sup>. Hier geht JELLINEK allmählich vom Primat der staatlichen Rechtsordnung zur Vorstellung eines objektiven, von dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen und darum verschiedenen Völkerrechts über. Der Staat muß den andern anerkennen. Ist das rechtlicher Zwang? Und wie steht es mit den Normen über die Entstehung und Endigung von Staatenverträgen? Darauf gibt JELLINEK eine noch viel deutlichere Antwort: „Es sind vielmehr ganz selbständige Rechtssätze, welche die Staatenverträge regeln. Es sind die objektiven Momente des Staatsvertrages und deren logische Konsequenzen, welche von den in Vertragsverhältnissen stehenden Staaten vermöge der Tatsache, daß sie miteinander kontrahiert haben, anerkannt werden“<sup>2)</sup>. Das ist nichts anderes als ein die Staaten — auch gegen ihren „Willen“ — zwingendes, über ihnen stehendes Völkerrecht! Und diese Vorstellung bricht noch deutlicher durch, wenn JELLINEK die Frage, ob der neu entstandene Staat auch ohne seine Zustimmung an das durch Vereinbarung der anderen entstandene Völkerrecht gebunden sei, mit folgender Begründung bejahen zu müssen glaubt: „denn was einmal als gemeinsame Rechtsüberzeugung ausgesprochen ist, tritt nun allen Mitgliedern der Staatengemeinschaft als gültige Norm entgegen, von welcher der Rücktritt nicht gestattet ist und auch alle künftigen Mitglieder bindet“<sup>3)</sup>. Und es ist der gleiche Widerspruch, wenn NIPPOLD, der zuerst erklärt hat: „Der Staat schafft also Völkerrecht in derselben Weise, wie er das Recht schafft“, dann aber einschränkt: „Ein Staat kann wohl Privatrecht oder Staatsrecht schaffen, aber niemals Völkerrecht . . . Die Völkerrechtsnorm ist die gemeinsame Norm mehrerer Staaten.“ „Jeder von ihnen bindet sich selbst und erklärt dies den anderen Staaten gegenüber“; und schließlich erklärt: „Der Wille des Einzelstaates wird notwendig ergänzt durch den der anderen Staaten: sie verpflichten sich gegenseitig und berechtigen sich gegenseitig zu etwas“<sup>4)</sup>. Gegenseitig, das heißt: einer den anderen, der Wille des einen ist bindend für den Willen des andern. Die Selbstverpflichtung wird zur Fremdverpflichtung.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 48.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 51.<sup>3)</sup> System, S. 324.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 24, 68.

Ein anderer Anhänger der JELLINEKschen Selbstverpflichtungstheorie, SCHOEN <sup>1)</sup>, verfällt in den gleichen Widerspruch. Auch er lehnt die Auffassung des Völkerrechts als äußeres Staatsrecht ab und stützt sich dabei auf die Annahme, das Völkerrecht sei „gemeinsames Recht“. „Ein Recht aber, das nicht durch den Willen eines einzelnen Staates entsteht, sondern nur durch übereinstimmenden Willen mehrerer Staaten existent wird, und nur solange existiert, als es durch den Willen mehrerer Staaten getragen wird, ist etwas anderes als das äußere Staatsrecht, das ganz zur Disposition des einzelnen Staates steht“ <sup>2)</sup>. Danach sollte man meinen, daß das Völkerrecht nicht zur Disposition des einzelnen Staates steht. Allein SCHOEN steht auf dem Standpunkte: „Das Völkerrecht gilt für den einzelnen Staat also lediglich vermöge seines Willens. Es beruht auf der Verpflichtung des einzelnen Staates durch sich selbst“ <sup>3)</sup>. SCHOEN zögert nicht, zu behaupten, daß der einzelne Staat sich einseitig von dieser Verpflichtung befreien könne, wenn sie mit seinem Interesse kollidiert. Wie soll dann aber das Völkerrecht „existieren“, wenn es nicht „gilt“? Sollte es für andere Staaten „existieren“, ohne für den eigenen Staat zu „gelten“? SCHOEN fährt in dem zuerst zitierten Gedankengang fort: „Es erscheint diesem wie allem einseitig von den einzelnen Staaten geschaffenen Recht gegenüber als ein Recht höherer Ordnung; nicht allerdings in dem mit diesem Ausdruck gewöhnlich verbundenen Sinne, als ob es aus einer höheren Rechtsquelle flösse, als dies einseitig vom einzelnen Staate geschaffene Recht — auch seine Quelle ist der Wille der Staaten — wohl aber insoferne, als es, auf dem Willen mehrerer Staaten beruhend, eine mehrere Staaten wechselseitig verpflichtende Ordnung ist, während alles aus dem Willen des einzelnen Staates entspringende Recht nur eine Lebensordnung für ihn und die seiner Gewalt Unterworfenen sein, nicht aber andere Staaten ihm gegenüber verpflichten kann“ <sup>4)</sup>. Quelle, d. h. Geltungsgrund des Völkerrechts ist für den Staat dessen Wille, also dieselbe Quelle wie die, des staatlichen Rechts. Der Wille des Staates kann nur sich selbst verpflichten. Aber: Quelle des Völkerrechts ist der Wille der Staaten — also offenbar etwas vom Willen des Staates verschiedenes, und dieses Völkerrecht verpflichtet die Staaten wechselseitig! SCHOEN erklärt in demselben Satze, daß jeder Völkerrechtssatz „für jeden Staat nur kraft seines eigenen Willens gilt“, aber

<sup>1)</sup> Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VIII. Bd. S. 287 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 307.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 301.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 307.

„auf dem übereinstimmenden Willen mehrerer oder aller Staaten beruht“. Es ist der gleiche Gedankengang wie bei TRIEPEL, wenn SCHOEN ausführt: „Beruht der Völkerrechtssatz nun aber, wenngleich er für jeden Staat nur kraft seines eigenen Willens gilt, doch stets auf dem übereinstimmenden Willen mehrerer oder aller Staaten, so kann man auch sagen, daß im Völkerrechtssatze dem einzelnen ihn anerkennenden Staate nicht nur sein Wille, sondern auch der Wille anderer Staaten entgegentritt; denn nicht nur er will den Satz für sich gelten lassen, auch die anderen Staaten wollen, daß er für und gegen ihn gelte“<sup>1)</sup>. Allein dieser Wille der anderen Staaten ist für den eigenen Staat irrelevant, ja er existiert für ihn im Grunde gar nicht! Für die „Wechselseitigkeit“ fehlt jeder Grund. SCHOEN wird aber — geradeso wie JELLINEK und NIPPOLD — schließlich doch zur Annahme einer objektiven Völkerrechtsordnung über den Staaten gedrängt. Er polemisiert zwar gegen JELLINEKs Inkonsequenz, den neuentstandenen Staat auch ohne eigene Zustimmung an das Völkerrecht für gebunden zu erklären und meint: „Nur mit seiner Zustimmung wird der Neustaat an die von ihm vorgefundenen völkerrechtlichen Normen gebunden, jene liegt in dem Nachsuchen der Anerkennung“<sup>2)</sup>. Darin liegt natürlich eine offenkundige Fiktion. Denn ob der Staat — indem er andere ersucht, ihn anzuerkennen, seinerseits das Völkerrecht anerkenne, ist höchst zweifelhaft, ja, wenn die Rechtsordnung das um Anerkennung nachsuchende Organ hiezu nicht ermächtigt, sogar unmöglich. Auch wäre denkbar, daß der „Staat“ zwar anerkannt zu sein wünscht, sich selbst aber nicht für gebunden erachtet usw. Allein ganz abgesehen davon: SCHOEN erklärt, es gäbe völkerrechtliche Normen, von denen sich „der einzelne Staat rechtlich gar nicht lossagen kann, solange er überhaupt Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft bleiben will. Es handelt sich hier wiederum um jene Sätze, die von allen Staaten als notwendig allgemein geltend angesehen werden. Ein Staat, der erklären wollte, daß er . . . . den Satz «pacta sunt servanda» nicht mehr anerkennt, würde sich . . . . rechtlich außerhalb der Völkergemeinschaft stellen“<sup>3)</sup>. Gewiß vermeidet SCHOEN durch diese Formulierung den direkten Widerspruch: Das Völkerrecht gilt für den Staat nur, weil und sofern er will, aber der Staat kann sich der Geltung dieses Rechtes für ihn nicht entziehen. Allein SCHOEN entgeht diesem Widerspruch nur scheinbar, indem er behauptet, das Völkerrecht gelte zwar nicht für den seine Anerkennung

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 307.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 300.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 303.

verweigernden Staat, aber es gelte doch trotz dieses Mangels der Anerkennung und ohne diese an und für sich oder doch für die anderen Staaten. Die gleichzeitige Geltung des Völkerrechts neben der Rechtsordnung des das Völkerrecht nicht anerkennenden Staates — diese Vorstellung steckt im Grunde schon in dem vom Neustaate „vorgefundenen“ und von ihm nicht zu „schaffenden“, sondern bloß anzuerkennenden Völkerrecht, einem Recht, unabhängig von der staatlichen Rechtsordnung — ist ein unvollziehbarer Begriff. Ein solcher Dualismus widerspricht nicht nur der alle rechtswissenschaftliche Erkenntnis ermöglichenden Einheit des Betrachtungsstandpunkts, sondern vor allem auch der besonderen Art und Weise, in der diese Einheit in der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie sich realisieren will: dem Primat der staatlichen Rechtsordnung.

### § 43.

#### Die Ausschließlichkeit der Souveränität.

Hier gelangt die den Primat der staatlichen Rechtsordnung begründende Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie an einen kritischen Punkt. Die zufällige Gemeinsamkeit scheint offenbar nicht zu genügen, um den eigentlichen Sinn des Völkerrechts — soferne man es nicht überhaupt zu leugnen entschlossen ist — zu erfassen. Und die „gegenseitige“ Verpflichtung der Staaten, an die man offenbar um des Wesens der völkerrechtlichen Verpflichtung willen festhält, gerät — bei näherem Zusehen — mit der das Souveränitätsdogma zu wahren bestimmten, staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts nicht weniger in Konflikt als die Theorie einer „gegenseitigen“ Anerkennung der Staaten. Die letztere ist aber zur Erhaltung einer Vorstellung unvermeidlich, die ausnahmslos als die Voraussetzung jedes Völkerrechts angesehen wird: die Koexistenz einer Vielheit gleichgeordneter, gleichberechtigter Staaten. Denn wenn die Geltung des Völkerrechtes auf die „Anerkennung“ des eigenen, selbst als höchste Ordnung vorausgesetzten, auf den Willen des nur durch sich selbst verpflichtbaren, souveränen Staates gegründet wird, wenn somit die Völkerrechtsordnung nur als von der eigenen staatlichen Rechtsordnung delegiert, als Bestandteil dieser eigenen staatlichen Rechtsordnung zu begreifen ist, dann kann auch ein anderer Staat, eine andere staatliche Rechtsordnung nur insoweit erfaßt werden, als sie von der eigenen staatlichen Rechtsordnung delegiert, als der andere Staat vom eigenen, den Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion bildenden Staate „anerkannt“ ist.

Das heißt aber, daß die andere staatliche Rechtsordnung nur insoweit juristisch existent ist, als sie — weil delegiert — als Teilordnung der eigenen, sie mit umfassenden, weil souveränen staatlichen Ordnung vorgestellt wird. Das bedeutet aber, daß als souverän nur die eigene, also eine einzige Rechtsordnung erkannt werden kann. Und da als das Wesen der Staatsordnung gerade vom Standpunkt dieser Anschauungsweise des Primats der einzelstaatlichen, richtiger: eigenstaatlichen Rechtsordnung die Souveränität gelten muß, kann eine andere Rechtsordnung, ein anderes Gemeinwesen als das eigene, d. h. als dasjenige, von dem die juristische Erkenntnis ausgeht, nicht eigentlich als „Staat“ angesprochen werden. Der „andere“ Staat kann, weil nur auf Anerkennung oder Delegation des „eigenen“ beruhend, nicht als „höchste“, weil nur als eine aus der eigenen Staatsordnung ableitbare Ordnung gelten. Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet wurde, die — vorerst gegebene — Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, daß sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die anderen ausdehnt und so — formell, wenn auch nicht materiell — zu einer Universalordnung gestaltet. Das ist unzweifelhaft der letzte Sinn jeder juristischen Erkenntnis, jeder diese Erkenntnis begründenden, ermöglichenden Hypothese. Und darum muß auch die Konstruktion des Primates staatlicher Rechtsordnung als eine echte juristische Hypothese gelten. Wenn sie als Voraussetzung wie als Ergebnis die Vorstellung eines einzigen Staates hat, so bedeutet dies zunächst nichts anderes als dies: daß sie, wie jede juristische Erkenntnis, schließlich und endlich nur eine einzige Rechtsordnung anerkennen, d. h. erkennen kann. Und wenn sie zeigt, daß die Souveränität des einen Staates unvereinbar ist mit der Souveränität eines anderen<sup>1)</sup>, und — sofern

<sup>1)</sup> NELSON, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917: „Die Souveränität des einen Staates schließt unmittelbar die der anderen aus“ (a. a. O. S. 60). Zu diesem richtigen Resultate kommt NELSON nur dadurch, daß er — noch ganz in eine anthropomorphistische Staatsvorstellung verstrickt — Souveränität mit „Unbeschränkbarkeit“ der Staatsgewalt identifiziert. Diese von der herrschenden Jurisprudenz übernommene Staatsvorstellung läßt die in ihrem kritischen Teile vorzügliche Arbeit NELSONS nicht zu dem eigentlichen Problemerkern, zur Erfassung der normlogischen Beziehung zwischen Staats- und Völkerrecht gelangen, deren wissenschaftliche Erhellung er sich zur Aufgabe gemacht hat. Wenn NELSON auch die Unvereinbarkeit der Staatssouveränität mit jedem Begriff des Völkerrechts behauptet, so versucht er dies aus der Existenz von „Rechten“ zwischen den Staaten abzuleiten. Das Recht des einen Staates schränke die Souveränität des andern zur Anerkennung dieses Rechtes verbundenen Staates ein. NELSON meint, „daß eine Beschränkung der Souve-

Souveränität das Wesensmerkmal des Staates ist — neben der einen staatlichen Rechtsordnung nicht andere, gleichartige, gleichgeordnete staatliche Rechtsordnungen gedacht werden können, so enthüllt sie damit nur als den eigentlichen rechtslogischen Sinn der — politisch und psychologisch so mißverstandenen — „Souveränität“ des Staates: die Einheit und Ausschließlichkeit der so bezeichneten Rechtsordnung. Dadurch unterscheidet sich allerdings die Rechtsordnung durch nichts von irgendeinem anderen System und die Rechtswissenschaft durch nichts von irgendeiner anderen systematischen Erkenntnis. Jedes System, nicht nur die Rechtsordnung, tritt mit dem Anspruch auf, in seiner Einheitlichkeit das einzig geltende zu sein. In vollendeter Form kommt dieser Systemgedanke der Einig-Einzigkeit in der theologischen Personifikation der Weltordnung, im einig-einzigsten Gott zum Ausdruck, der seine Souveränität im Dekalog anthropomorphistisch proklamiert. Und indem die Souveränität als Einheit und Einzigkeit der Rechtsordnung nicht nur den Ausschluß anderer — souveräner — Rechtsordnungen, sondern anderer Ordnungen, anderer vom System des Rechts und seiner Erkenntnis verschiedener Norm- und Erkenntnisssysteme überhaupt bedeutet, wird sie zum Symbol der Reinheit der Rechtserkenntnis<sup>1)</sup>.

Daß man die das Erkenntnisziel bildende Einheit gerade in der Ausweitung der eigenen staatlichen Rechtsordnung herzustellen versucht, daß man gerade der eigenen staatlichen Rechtsordnung diese Einheitsfunktion überträgt, indem man den eigenen Staat zum Mittel- und Höhepunkt des gesamten Rechtssystems macht, ist allerdings die

ränität ihrer Vernichtung gleichkommt“. Daß in der „Unbeschränkbarkeit“ nicht das Wesen der Souveränität liege, wurde bereits früher gezeigt. NELSON übersieht auch die Versuche, das Völkerrecht unter Wahrung der Souveränität des Staates zu konstruieren, die Hypothese des Primates der staatlichen Rechtsordnung. Darum ist seine Polemik gegen die Selbstverpflichtungstheorie verfehlt. „Wer nur durch eigenen Willen gebunden ist, ist auch an die Ausführung seines einmal bekundeten Willens nur so lange gebunden, als dieser Wille fortbesteht; er ist also in Wahrheit überhaupt nicht gebunden und es gibt für ihn auch keine Pflicht der Vertragstreue“ (a. a. O. S. 61). NELSON ist zu weit von einer Auflösung des Bildes „Pflichten des Staates“ entfernt, um einzusehen, daß die damit gemeinten rechtlichen Gebundenheiten auch kraft souveräner Rechtsordnung des Einzelstaates wie unlösbar, so auch bloß unter der Bedingung der Zustimmung bestimmter Interessenten — z. B. der Repräsentanten des anderen Staates — lösbar sein können; so daß jeder Versuch einer anderen Lösung als Rechtsbruch qualifiziert bleibt. Das große Verdienst der NELSONschen Arbeit besteht aber darin, daß sie der Rechtswissenschaft den Spiegel der Philosophie, d. h. reiner Erkenntnis entgegenhält. Das Bild, das man erblickt, ist freilich arg genug!

<sup>1)</sup> Vgl. dazu SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, S. 162.

Besonderheit gerade der den Primat der staatlichen Rechtsordnung setzenden Hypothese. Sie ist keineswegs die einzig mögliche. Soll ihre Leistungsfähigkeit beurteilt werden, so ist vorweg anzuerkennen, daß sie ihr Erkenntnisziel zu erreichen wohl imstande ist: Die Einheit der Rechtsordnung ist hergestellt. Fraglich bleibt nur, ob der Weg, auf dem das Ziel erreicht wird, nicht zum Verzicht auf wichtige, vielleicht die wichtigsten Werte zwingt. Und da kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Idee einer Gesellschaft gleichberechtigter Gemeinwesen — wie bereits früher bemerkt — mit der konsequent durchgeführten, auf Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie gestützten Konstruktion eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung unvereinbar ist. Wenn der Versuch gemacht wird, durch die Vorstellung einer wechselseitigen Anerkennung den Schein einer Koexistenz mehrerer Staaten aufrecht zu erhalten, so ist dieser Schein leicht durch die Einsicht zu zerstören, daß diese „wechselseitige“ Anerkennung nichts anderes bedeutet, als den steten Wechsel des juristischen Erkenntnisstandpunktes, dessen Einheit aber gerade das Wesen der juristischen wie jeder Erkenntnis ist. Vom Standpunkt des anerkennenden Staates — und dies allein ist hier der Standpunkt der juristischen Erkenntnis — erscheint der anerkannte als die delegierte, also subordinierte Ordnung. Gleichzeitig kann ein und derselbe Staat nicht anerkennende Autorität und anerkannter Delegatar, souveräne Gesamtordnung und nicht souveräne Teilordnung sein. Man muß also, will man den anerkannten Staat selbst als anerkennenden Souverän begreifen, den ursprünglichen Standpunkt verlassen. Von diesem neuen Standpunkte aber ergibt sich durchaus dasselbe Bild monistischer Konstruktion.

#### § 44.

#### Der Begriff des Staatsvertrags und die Selbstverpflichtungstheorie.

Ist die Koexistenz einer Vielheit von gleichgeordneten Gemeinwesen ein dem Völkerrecht wesentliches Moment, dann bedeutet die Hypothese vom Primat der staatlichen Rechtsordnung die Leugnung des Völkerrechts. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, was man für gewöhnlich unter „Leugnung des Völkerrechts“ versteht: die rechtliche Ungebundenheit und Unverbindbarkeit des „Staates“ im Verhältnis nach außen. Vielmehr handelt es sich nur um eine andere Konstruktion dieser rechtlichen Gebundenheit! Auch für die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung ist der Staat kein Faktum der Gewalt, sondern eine Rechtsordnung, und die Frage, ob der



„Staat“ in gewisser Richtung rechtlich gebunden sei, bedeutet nichts anderes als: ob und wie bestimmte menschliche Handlungen — die man als Inhalt völkerrechtlicher Normen zu erkennen pflegt — als Inhalt staatlicher Rechtsnormen zu begreifen sind. In der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie wird die Frage beantwortet. Daß diese Konstruktion noch keineswegs die Möglichkeit des „Staates“ bedeutet, die angeblich einseitig, weil nur durch seinen eigenen Willen entstandenen Verpflichtungen (anderen Gemeinwesen gegenüber) einseitig wieder aufzuheben, wurde bereits in anderem Zusammenhange festgestellt. Wenn aus der staatlichen Rechtsordnung zu deduzieren ist, daß eine als „Staatsvertrag“ charakterisierte Willensäußerung nur mit Zustimmung des — anerkannten — „Staates“ erfolgen könne, mit dem der Vertrag geschlossen wurde, dann erscheint jeder Versuch, die durch den „Staatsvertrag“ gesetzten Normen „einseitig“ zu ändern, als Rechtsbruch, ganz ebenso, wie wenn man eine über den beiden als koordiniert gedachten Staaten stehende Völkerrechtsordnung vorstellt, die an den Tatbestand des Staatsvertrages Rechtsfolgen knüpft und eine andere Lösung des Vertrages als mit beiderseitiger Zustimmung ausschließt. Der ganze Unterschied ist der, daß im letzteren Falle ein Bruch des Völkerrechts, im ersteren ein Bruch der staatlichen Rechtsordnung, der Verfassung, vorliegt, und daß man hier von einem Nichtkönnen, dort aber von einem Nichtsollen des Staates zu sprechen geneigt ist. Indes zeigt sich bei näherer Untersuchung, daß gerade beim Staate Können und Sollen zusammenfällt, weil der Staat eben die Personifikation der Rechtsordnung ist und ein Unrecht nicht begehen kann, während nur der Anthropomorphismus, der den Staat als eine Art Mensch vorstellt, vom Staate sagt, daß er etwas nicht solle.

Auch insoferne steht die Leistungsfähigkeit der Hypothese vom Primat der staatlichen Rechtsordnung jener, die das Völkerrecht als eine über allen Staaten stehende Ordnung gelten läßt, nicht nach, als sie die Möglichkeit des Vertrages nicht in Frage stellt. Denn „Vertrag“ ist ein Tatbestand geäußerter Willensübereinstimmung, an den eine Rechtsordnung für die vertragschließenden Parteien Rechtsfolgen knüpft. Es ist insbesondere unrichtig, wenn gegen die Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie immer wieder geltend gemacht wird, daß eine Rechtsnorm, die Verträge des Staates für verbindlich erklärt, nur einem über dem Staate, d. h. über der staatlichen Rechtsordnung stehenden Völkerrecht angehören könne. So führt z. B. BAR<sup>1)</sup> in seiner Polemik gegen die JELLINEKSche

<sup>1)</sup> Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI. Bd. S. 145 ff.

Konstruktion des Völkerrechts aus: „... daß der Wille der Staaten allein bindende Kraft für die Zukunft entbehre. Der Wille an sich ist veränderlich. Die Verbindlichkeit des im Vertrage erklärten Willens kann nur begründet werden durch eine über dem Erklärenden stehende Macht, oder durch den Glauben an die Notwendigkeit des Worthaltens... Der Satz *pacta sunt servanda* entstammt daher nicht dem an sich frei veränderlichen Willen, vielmehr einer vernünftigen Betrachtung der gesamten menschlichen Verhältnisse“<sup>1)</sup>, dem „Naturrecht“<sup>2)</sup>, wie BAR gelegentlich die Quelle des Völkerrechts bezeichnet. Er charakterisiert als die Konsequenz der JELLINEKschen „Willenstheorie“, „daß, wie der Staat jederzeit ein auf seinem vernünftigen Willen beruhendes Gesetz durch ein neues Gesetz aufheben kann, so der völkerrechtlichen Norm von jedem Staate, soweit sie gegen ihn gelten soll, durch eine einfache Willenserklärung der Boden entzogen werden kann, und daß nur Klugheitsmotive die allzu häufige Anwendung solchen Abschüttelns später als unvorteilhaft empfundener Verträge und Rechtsnormen hindern“<sup>3)</sup>. Offenbar ist BAR in der Hypostasierung des Staates — der „Staat“ erläßt das Gesetz, der „Staat“ hebt es auf, der „Staat“ läßt sich von Klugheitserwägungen leiten usw. — zu sehr befangen. Auch bei der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts — die JELLINEK freilich nicht sehr konsequent versucht — beruht die Verbindlichkeit des im Vertrag erklärten Willens des Staates auf einer „über“ dem Erklärenden stehenden „Macht“, richtiger: Rechtsordnung. (Von der psychologischen Entgleisung in den „Glauben“ sei nicht weiter die Rede.) Die Erklärenden sind aber die Menschen, deren Handeln Inhalt der Normen bildet, und die nicht anders, als die „über“ ihnen stehende Ordnung es zuläßt, Bindungen eingehen oder lösen können. Daß ihr Handeln dem „Staate“ zugerechnet wird, ändert nichts an der Vorstellung, daß ihr Handeln Inhalt von Normen, also rechtlich gebunden ist. Indem die staatliche Rechtsordnung einen „Vertrag des Staates“ einsetzt, stellt sie auch diesen Vertrag unter den in ihr enthaltenen Rechtssatz, daß Verträge zu beobachten seien. Freilich, wenn man — aus der Rechtstheorie heraustretend — den als „Organ des Staates“ handelnden Menschen mit einer — durch kein Recht gebundenen und bindbaren — Gewalt identifiziert, kann man der Willenstheorie den Einwand BARs machen. Und die Vertreter der Selbstverpflichtungstheorie sind wahrhaftig nicht abgeneigt, diese Identifikation vorzunehmen!

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 145, 146.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 155.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 147.

Daß von ein und demselben Standpunkte aus: vom Standpunkte der Rechtsordnung eines bestimmten Staates, ein „Vertrag“ zwischen diesem und einem anderen, somit von diesem ersteren anerkannten „Staate“ möglich sei, das könnte nur mit Hinweis auf eine für den Vertrag wesentliche Koordination oder Gleichwertigkeit der Kontrahenten bezweifelt werden. Der anerkannte Staat muß als delegierte Teilordnung „unter“ dem — allein souveränen — aner kennenden Staate vorgestellt werden. Da ein Vertrag nur zwischen gleichgeordneten Subjekten denkbar sei, wäre er zwischen dem anerkennenden und dem anerkannten Staat ebenso unmöglich wie zwischen dem Staat und einer seiner Gemeinden, zwischen dem Staat und seinen Untertanen. Diese Argumentation wird mitunter gegen die Theorie eines sog. öffentlich-rechtlichen Vertrages geltend gemacht<sup>1)</sup>. Und in der Tat, wäre ein Vertrag zwischen dem Staat und einer Gemeinde nicht möglich, dann müßte auch auf die Vorstellung eines Vertrages zwischen dem anerkennenden und dem anerkannten „Staate“ auf Grundlage einer staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts verzichtet werden. Nun wäre auch dies keineswegs mit der Ungebundenheit oder „einseitigen“ Lösungsmöglichkeit des Staates gegenüber dem anerkannten Staate identisch. Indes beruht die ganze Argumentation gegen den öffentlich-rechtlichen Vertrag auf einem Irrtum. Nicht daß der üblichen Unterscheidung von Privat- und öffentlichem Recht das Wort gesprochen werden soll<sup>2)</sup>. Allein die Anwendbarkeit der Theorie des öffentlichen Rechtes als eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses zwischen verschiedenwertigen, einander nicht gleich — sondern über- und untergeordneten Rechtssubjekten auf den Vertragstatbestand muß in Frage gezogen werden.

Was zunächst den Begriff des Vertrages betrifft, so muß man, um seine Stellung im System der Rechtsbegriffe deutlich zu erkennen, sich stets bewußt bleiben, daß er, unter den Begriff des Rechtsgeschäftes fallend, seinem Wesen nach eine jener Bedingungen (oder Voraussetzungen) ist, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen (sog. „Wirkungen“), d. h. die Entstehung und Beendigung von Rechtspflichten und Berechtigungen knüpft. Es wäre gewiß mancher Irrtum der Theorie vermieden worden, wenn man sich immer ganz klar gewesen wäre, daß das Rechtsgeschäft als eine von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung systematisch die gleiche Stellung einnimmt, wie etwa die sog. rechtserheblichen Ereignisse, d. h. Tatbestände, die keine mensch-

<sup>1)</sup> Vgl. dazu: LAYER, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, 1916.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu oben S. 126 f.

lichen Willensäußerungen sind, und an die die Rechtsordnung ebenso wie an die letzteren Pflichten und Rechte, die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen anknüpft. Ob die Rechtsnorm an die Bedingung eines eingetretenen Hochwassers oder an den generellen oder individuellen Befehl einer Verwaltungsbehörde oder an den Vertragsabschluß zweier Kontrahenten Pflichten und Rechte bestimmter Personen bindet, mag materiell sehr verschieden beurteilt werden. In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten, formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, des Verwaltungsbefehls und des Vertragsabschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen. Als Bedingung: d. h. als Grund einer Folge, nicht als Ursache einer Wirkung.

Faßt man das Rechtsverhältnis, das nur aus Rechtspflichten und Berechtigungen bestehen kann, als Verhältnis zwischen Personen d. h. zwischen Subjekten von (bereits entstandenen) Pflichten und Rechten, dann kann streng genommen innerhalb der Sphäre der Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten nicht oder noch nicht von Personen oder einem Verhältnis zwischen Personen die Rede sein. Nicht als Person, nicht als Subjekt von Pflichten und Rechten kann man die Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten setzen; das wäre eine *petitio principii*. Person, Rechtssubjekt ist man, sofern man Pflichten und Rechte hat, nicht sofern man die Bedingung ihrer Entstehung setzt. Daher ja auch Ereignisse, also etwas, was niemals das Substrat der Person zu bilden vermag, Bedingung für Pflichten und Rechte sein können. Wenn somit innerhalb des bedingenden Tatbestandes die Person überhaupt keinen Raum hat, kann hier auch gar nicht nach dem Verhältnis zwischen zwei Personen gefragt werden, die den bedingenden Tatbestand setzen. Den Vertrag setzen eben nicht zwei Personen, zwei Rechtssubjekte, sondern zwei menschliche Willensäußerungen. Erst durch die Setzung dieser Tatbestände entstehen Pflichten und Rechte und mit ihnen deren Personifikationsmöglichkeit und sohin das Rechtssubjekt. Die Behauptung, daß im Vertrag zwei koordinierte Subjekte einander gegenüberstehen, muß auf die Formel reduziert werden, daß an dem Vertrag zwei Willensäußerungen beteiligt sind, deren Gleichordnung oder Gleichwertigkeit nichts anderes bedeuten kann, als: daß beide Willensäußerungen in gleicher Weise Bedingungen der an sie geknüpften Rechtsfolgen sind; daß beiden die gleiche bedingende Kraft zukommt, d. h. daß beide zu der Folge in dem gleichen logischen Verhältnis stehen, so daß diese Folge

nicht zustande kommen kann, wenn eine der beiden Willensäußerungen fehlt oder fehlerhaft ist.

Erkennt man, daß im Vertrag nicht Personen sondern Willensäußerungen einander gegenüberstehen, daß der Vertrag kein Rechtsverhältnis ist, sondern ein solches begründet, vermeidet man also die Vermengung von Grund und Folge, dann erweist sich schon deshalb die Argumentation als hinfällig: es könne keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag geben, weil öffentliches Recht ein Rechtsverhältnis zwischen über- und untergeordneten Personen darstelle oder normiere, der Vertrag aber zwischen gleichgeordneten Subjekten geschlossen werde.

Die Gleichwertigkeit der beiden den Tatbestand des Vertrages bildenden Willensäußerungen erleidet natürlich dadurch keinen Abbruch, daß die eine dem „Staate“ zugerechnet, d. h. auf die Einheit der Gesamtordnung bezogen, die andere aber z. B. einer Gemeinde zugerechnet, d. h. auf die Einheit einer bestimmten Teilordnung bezogen wird. Diese Zurechnung erfolgt ganz unabhängig von der den menschlichen Willensäußerungen — die den Vertragstatbestand bilden — von der Rechtsordnung verliehenen Qualität. Wenn bestimmte, dem Staat und der Gemeinde zuzurechnende Pflichten und Berechtigungen (kraft Delegation durch die Rechtsordnung) nur entstehen können, sofern die Willensäußerung eines Staatsorgans und die damit übereinstimmende Willensäußerung eines Gemeindeorgans zustande kommen, wenn diese Pflichten und Berechtigungen — das sind ja nur Individualnormen — wiederum kraft Bestimmung der Rechtsordnung nur aufgehoben werden können, wenn eine analoge Willensübereinstimmung zustande kommt, dann ist in demselben Sinne ein „Vertrag“ zwischen Staat und Gemeinde vorhanden, in dem überhaupt von einem Verträge — auch einem rein privatrechtlichen Verträge zwischen Untertanen — die Rede ist. Somit steht auch der Vorstellung eines Vertrages zwischen dem die eigene Gesamtrechtsordnung personifizierenden, aner kennenden, souveränen Staat und dem anerkannten und daher nur eine Teilrechtsordnung personifizierenden „Staate“ nichts im Wege<sup>1)</sup>.

Nur daß eben dieser Vertrag vom Standpunkt einer zur Erhaltung des Souveränitätsdogmas bestimmten Konstruktion nicht als Vertrag zwischen „Staaten“ angesehen werden kann. Denn „Staat“ im Sinne einer souveränen Rechtsordnung ist nur das aner kennende Gemeinwesen. Die Vertragspflichten und Rechte und mit ihnen alle

<sup>1)</sup> Auch aus diesem Grunde ist es keine notwendige Konsequenz der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts, wenn PH. ZORN die Rechtsverbindlichkeit des Staatsvertrages leugnet. A. a. O. S. 10.

als völkerrechtlich qualifizierten Beziehungen sind nicht zwischenstaatliches, sondern innerstaatliches Recht. Und da erhebt sich neuerlich die Zweifelsfrage ob eine solche Konstruktion nicht dem Wesen des Völkerrechts widerspricht.

### § 45.

#### Die Leugnung des Völkerrechts.

In seiner Polemik gegen die Konstruktion des Völkerrechtes als äußeren Staatsrechts bemerkt FRICKER, daß die HEGELSche Auffassung des Staates als der höchsten Ordnung, des obersten Wertes — diese vollendetste Formulierung des Souveränitätsdogmas — unvereinbar sei mit der Idee des Völkerrechts<sup>1)</sup>. In einem anderen Zusammenhange sagt er wörtlich: „Ich behaupte also nicht von vornherein, daß es ein Recht über den Staaten gebe, sondern daß, wenn ein solches unmöglich ist, es kein Völkerrecht gibt. Der Begriff des Völkerrechtes behauptet ein Recht über Staaten . . . . Wenn ich zu dem Resultate komme, daß das Ding, welches man Völkerrecht nennt, äußeres Staatsrecht ist, so leugne ich nicht dieses Ding, aber ich leugne, daß es Völkerrecht ist“<sup>2)</sup>. Gerade die konsequentesten Leugner des Völkerrechts gehen vom Souveränitätsdogma aus, stützen ihre Argumente immer wieder auf die Souveränität des Staates. Typisch in dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Hegelianers LASSON<sup>3)</sup>. „Die moralische Person, die wir Staat nennen, ist zugleich eine souveräne Person. Sie ist selber nur ihr Zweck, d. h. der Wille dieser rechtlichen Ordnung mit Bezug auf alles ihr Untergebene: aber sie ist schlechthin ungebunden und unbeschränkt mit Bezug auf alles was außer ihr vorhanden ist. Als Rechtsordnung dieses bestimmten Volkes muß der Staat vollkommen unabhängig sein von jedem außer ihm vorhandenen Willen oder Gesetze . . . . Der Staat kann sich also niemals einer Rechtsordnung wie überhaupt keinem Willen außer ihm unterwerfen“<sup>4)</sup>. „Der Staat aber kann niemals Untertan sein auch wenn er es wollte oder möchte ohne daß er sich vollkommen aufgäbe und aufhörte Staat zu sein“<sup>5)</sup>. Diese Annahme der Souveränität staatlicher Rechtsordnung — und etwas anderes als eine Annahme ist es ja nicht, obgleich LASSON es offenbar für eine naturnotwendige Erkenntnis hält — würde genügen, um die Ablehnung eines Völkerrechtes — sofern man dieses

<sup>1)</sup> Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 28 (1872) S. 102.

<sup>2)</sup> Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 34 (1878) S. 375.

<sup>3)</sup> Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, 1871.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 22.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 23.

als über den Staaten vorstellen muß — zu begründen. Indes verbindet sich bei LASSON mit dem Souveränitätsdogma — und auch in diesem Punkte kann seine Darstellung als typisch bezeichnet werden — die Macht- und Gewalttheorie. Er erklärt zwar den Staat gelegentlich geradezu als die „realisierte Rechtsordnung“<sup>1)</sup> „in allen inneren (!) Verhältnissen durch die Rechtsordnung gebunden“<sup>2)</sup>; ihm ist der Staat so sehr nur Personifikation der Rechtsordnung, daß er die Möglichkeit eines Staatsunrechtes ausschließt: „Der Staatswille und der Rechtswille ist hier ein und dasselbe und wo widerrechtlich gehandelt wird, da ist es gar nicht der Staat, welcher handelt, weil dieser als moralische Person nichts seinem Begriff Widersprechendes tun kann“ . . . so „daß nur der Rechtsstaat wahrhaft ein Staat sei“<sup>3)</sup>. Allein, er will den Staat als Rechtsordnung seltsamerweise nur nach „innen“ gelten lassen; nach „außen“ erscheint ihm der Staat als ungebundene, schrankenlose Gewalt. Dabei hypostasiert er diese „Rechtsordnung eines bestimmten Volkes“ ganz in der üblichen Weise zu einem gewalttätigen Menschen; was hier nur deshalb auffällt, weil das Personifikationssubstrat, die Rechtsordnung, gerade in der Darstellung LASSONS nicht unbewußt bleibt. Der Staat ist „durch und durch eigennützig und trotzig und gar nicht imstande, sich für fremdes Wohl, sondern immer nur für das eigene zu begeistern“<sup>4)</sup>, „ein ungebändigter und ungezügelter Wille der Selbstsucht“<sup>5)</sup>; nur eines sei es, was den Staat hindere, jede „Begierde“ zu befriedigen: „die Furcht vor fremder Macht“<sup>6)</sup>.

Wäre LASSON bei der — von ihm freilich nur auf das „Innere“ des Staates beschränkten — Rechtsstaatstheorie geblieben, dann wäre die völlige Ablehnung einer über der souveränen Rechtsordnung des Staates stehenden Völkerrechtsordnung eine selbstverständliche Konsequenz gewesen. Zweifellos liegt auch in dieser seiner Ausgangsposition der — in seinen späteren Argumentationen allerdings verloren gegangene — Grundgedanke. LASSON läßt näm-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 15.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 15.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 15.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 25.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 31.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 35. Wäre es nicht der reine Machtgedanke, der hier zum Ausdruck kommt, sondern würde man darin nur den bildlichen Ausdruck für juristische Beziehungen erblicken, wäre man versucht, diese „Ungebundenheit“ des Staates nach außen als Umschreibung eines Rechtssatzes zu deuten, der die mit der auswärtigen Verwaltung betrauten Organe des Staates zu jedem dem Staate — nach ihrem Ermessen — nützlichen, eventuell auch gewalttätigen, egoistischen Verhalten, insbesondere auch zum Bruch der geschlossenen Verträge usw. ermächtigt. Da es schwer fallen dürfte, einen solchen Rechtssatz in der positiven Rechtsordnung eines Staates nachzuweisen, handelte es sich dabei um die Annahme eines naturrechtlichen Satzes.

lich das Völkerrecht wenn auch nicht als Recht, so doch als ein andersartiges System von Normen bestehen. Es kommt ihm, im Grunde genommen, nur mehr darauf an, dieses Normensystem mit der Natur jenes Gewaltwesens übereinzustimmen, zu dem sich ihm der Staat aus einer Rechtsordnung — nach „außen“ — verwandelt hat. Die sog. Völkerrechtssätze sind nämlich nach LASSON für den Staat keineswegs überhaupt nicht vorhanden, es sind vielmehr für ihn „Klugheitsregeln, nicht Rechtsgebote“<sup>1)</sup>. Daß aber für den Staat Klugheitsregeln gelten können, rührt daher, daß der Staat — hier zeigt sich, daß dieses Wesen nicht etwa bloß ein gewalttätiges Raubtier, sondern eigentlich doch ein Mensch ist — ein „intelligenter, zweckmäßig sich bestimmender Wille“ sei<sup>2)</sup>.

Nur weil sich die rechtslogisch allein aus dem Souveränitätsdogma ableitbare Leugnung des Völkerrechts als Ablehnung einer über den Staaten stehenden Rechtsordnung regelmäßig auf den mit dem Souveränitätsdogma verquickten Gewaltgedanken stützt<sup>3)</sup>,

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 49.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 36. Daß der Staat selbst gelegentlich ein „seinem Wesen nach als Substanz vorhandener Zweck“ genannt wird (a. a. O. S. 13), sei nur anmerkungsweise erwähnt.

<sup>3)</sup> Die Verbindung des Souveränitätsdogmas mit der Machttheorie findet sich in neuerer Zeit besonders charakteristisch bei E. KAUFMANN. Er betrachtet das Völkerrecht als „Koordinationsrecht“ im Gegensatz zu einem „Subordinationsrecht“, als „Individualrecht“ im Gegensatz zu einem „Sozialrecht“ (a. a. O. S. 128 ff.). Als „Koordinationsordnung“ ist das Völkerrecht nur möglich „zwischen souveränen, in sich selbst ruhenden, machtvollen historischen Gemeinschaften, die auf ein Zusammenleben angewiesen sind“. „Es ist . . . die Natur der sich selbst verpflichtenden Subjekte als Staaten, die das Völkerrecht als Individualrecht ermöglicht“ (a. a. O. S. 150/1). Scheinbar eine staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts. Allein der ganze Unterschied zwischen Koordinations- und Subordinationsrecht ist für die Differenzierung des Völkerrechts gegenüber dem einzelstaatlichen Rechte unbrauchbar. KAUFMANN führt aus: Es handle sich beim Recht um eine „Ordnung von Willensverhältnissen, um die Bestimmung, welcher Wille jeweils der durchgreifende und maßgebliche sein soll“; offenbar: eine Bestimmung, welcher menschliche Wille, der Wille welches Menschen maßgeblich sein soll. K. geht also nicht von einem Begriff des Rechtes, sondern von dem Prozesse aus, durch den der Inhalt der Rechtsordnung erzeugt wird. Und demnach unterscheidet er: „Für die vorzunehmenden Normierungen (er meint: Rechtssatzungsakte) kann entweder ein Wille der durchgreifende sein, oder es können mehrere maßgeblich bleiben“. Das ist der Unterschied zwischen autokratischer und demokratischer Rechtsbildung. KAUFMANN sieht darin den Gegensatz von Subordinationsrecht und Koordinationsrecht, Individualrecht und Sozialrecht (a. a. O. S. 120). Diese Terminologie wäre aus seiner Begriffsbestimmung schlechterdings unverständlich. Sie erhält ihren Sinn erst dadurch, daß im Laufe der weiteren Darlegungen als Subor-



muß auf die besonders charakteristische Argumentation LASSONS näher eingegangen werden. Diese ist auch insofern in hohem

dinationsrecht ein solches verstanden wird, bei dem eine objektive Rechtsordnung über den rechtsunterworfenen Subjekten steht („von einem übergeordneten Willen erlassene Rechtssätze“ sagt er a. a. O. S. 171), während bei einem Koordinationsrecht die zu verpflichtenden Rechtssubjekte nebeneinander stehen, ohne daß über ihnen eine höhere Rechtsordnung aufgerichtet wäre. So sei das Völkerrecht anzusehen. Daher: Selbstverpflichtung der souveränen Staaten. — Die Verwirrung der Begriffe ist bei KAUFMANN eine erhebliche. Im Verhältnis zu den verpflichteten Subjekten muß jede Rechtsordnung Subordinationsrecht sein, und jeder Rechtsordnung stehen die ihr unterworfenen Subjekte koordiniert gegenüber. Mit der Behauptung, Völkerrecht sei Koordinationsrecht, wollte aber KAUFMANN nichts anderes als — in Konsequenz seiner Souveränitätstheorie — die Vorstellung eines über dem souveränen Staate stehenden Völkerrechts ablehnen. Was er gegen die Anschauung, Recht sei nur als Subordinationsrecht denkbar, vorbringt, ist gänzlich unverständlich: „Der Rechtswert ist gewiß ein überindividueller Wert . . . . . aber eine Rechtsordnung braucht nicht immer der Wille eines realen Ganzen zu sein und damit Subordinationsrecht zu werden. Sie ist Ordnung innerhalb eines realen Ganzen; und diese Ordnung braucht nicht immer von einer Zentralstelle entworfen und verwirklicht zu werden, sondern kann, unter bestimmten, oben entwickelten Voraussetzungen, auch auf dem Willen der Genossen ruhen. Eine solche Zentralstelle und damit Subordinationsrecht . . . .“ (a. a. O. S. 189) Der unpsychologische, nur bildlich aufzufassende „Wille“ der Rechtsordnung, der stets über den Subjekten steht, und der von dieser Ordnung als „maßgeblich“ eingesetzte, psychische „Wille“ eines Einzelnen oder einer Mehrheit von Menschen werden hier miteinander vermengt.

„Ueberindividueller“ Wert im Sinne eines „über“ den Subjekten stehenden „Willens“, also Subordinationsrecht ist das Recht auch dann, wenn sein Inhalt nicht „von einer Zentralstelle entworfen und verwirklicht“ wird; die K.sche Untersuchung beruft sich hier auf ein durchaus sekundäres, organisationstechnisches Moment: Zentralismus oder Dezentralismus. Auch wo es an einem zentralen Gesetzgebungsapparate fehlt — bei gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung durch die Uebung der Rechtsgenossen — steht der einheitliche Wille der Rechtsordnung über den Subjekten. Das als Wesensmerkmal des Koordinationsrechts angegebene Moment: daß es auf dem Willen der Genossen ruht, ist wiederum nichts anderes als das Charakteristikum der demokratischen Rechtsbildung.

Indes kommt es nicht so sehr auf die unverständliche Unterscheidung zwischen Subordinations- und Koordinationsrecht als vielmehr auf die Sicherstellung der Behauptung an, daß im Verhältnis zwischen Staaten nur die nackte Gewalt, das sogen. Recht des Stärkeren herrsche. „Die gerechte Verteilung der Lebensgüter, die in einer Subordinationsrechtsordnung die Gemeinschaft nach ihren Zwecken vereint, kann im Völkerrecht als einer Individualrechtsordnung nur von den koordinierten staatlichen Individuen selbst aus erfolgen: also durch einen Wettkampf der Rechtsgenossen, zu deren (?) Entscheidung und Durchsetzung nicht nur der Richter und der Vollstrecker mangelt, sondern vor allem auch der positive Gesichtspunkt, nach dem die Gerechtigkeit der Ansprüche beurteilt werden kann“ (a. a. O. S. 151).

Maße symptomatisch, als sie zeigt, wie die Verunreinigung der rechtslogischen Gedankenführung, wie das Ausgleiten aus dem System des Rechts in das System der Natur, in die Welt der faktischen Gewalt und seelischen Realitäten, der Furcht und Begierden, des Trotzes und Eigennutzes, die juristische Beweisführung um die beabsichtigten Ergebnisse bringt. Es wurde bereits hervorgehoben, daß LASSON das Völkerrecht, das zu negieren er ausgezogen ist, im Grunde doch wiederum stehen läßt, indem er für seinen — der Rechtssphäre gänzlich entrückten — „intelligenten“ Staat Klugheitsregeln gelten läßt. Als Gewalttatsache in der Welt des empirischen Geschehens ist der „Staat“ — sofern dies so bezeichnete Faktum mit der souveränen Rechtsordnung überhaupt in einer Beziehung steht — natürlich nicht allein. Ein Nebeneinander im Wettkampf stehender Kraftzentren, das ist etwa das Bild, das sich dieser auf das natürliche Sein gerichteten Betrachtung ergibt. Gerade diese Vorstellung mag bei LASSON — wie ja auch bei allen anderen Vertretern des Souveränitätsdogmas — trotz der im HEGELschen Geiste gedachten Zuhöchstheit und Ausschließlichkeit der souveränen Staatsordnung, ja im vollendeten Widerspruch zu ihr dazu geführt haben, daß die Koexistenz einer Vielheit von „Staaten“ vorausgesetzt, ja geradezu in den Begriff des Staates aufgenommen wird. „Es ist dem Staate wesentlich und ein Bestandteil seiner Definition, daß er andere Staaten außer sich und neben sich habe“<sup>1)</sup>, sagt LASSON. Wäre dieser Satz in einem juristischen Sinne gemeint, wäre die Existenz dieser Staaten eine rechtliche, dann wäre die Hypothese einer über dieser Vielheit von Staaten stehenden, die Staaten gegeneinander abgrenzenden, sie delegierenden und so als gleichgeordnete

Allein kommt es denn bei dem Subordinationsrecht der einzelstaatlichen Rechtsordnung auf die „Gerechtigkeit“ oder kommt es auf die Rechtmäßigkeit an? Letztere mangelt aber der Völkerrechtsordnung keineswegs, sofern sie eben überhaupt als Rechtsordnung in Betracht kommt. Auffallend ist, daß hier als der „maßgebliche“ Wille in der Subordinationsrechtsordnung der der „Gemeinschaft“ erscheint. Ist das die „Zentralstelle“? Das ist einfach eine Personifikation der (die Gemeinschaft konstituierenden) Rechtsordnung. Oder sollte die Koordinations-Rechtsordnung die von ihr verpflichteten Subjekte nicht zu einer „Gemeinschaft“ konstituieren? Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft sind doch korrespondierende Begriffe! Hinter diesen Darlegungen verbirgt sich eben nur schlecht die völlige Leugnung jedes Völkerrechts. Diese zeigt sich noch deutlicher in KAUFMANNs Theorie des Krieges, auf die später zurückzukommen sein wird. Gegen eine Leugnung des Völkerrechts wäre an sich nichts zu sagen. Bedenklich ist nur, wenn dies in Form einer juristischen Konstruktion des Völkerrechts geschieht. Vgl. dazu die treffende Kritik der KAUFMANNschen Machttheorie bei NELSON, a. a. O. S. 144 ff.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 12.

Personen „aner kennenden“ Völkerrechtsordnung — also das gerade Gegenteil dessen, was LASSON behauptet — unvermeidlich! Allein LASSON versteht die Koexistenz der Staaten nur in dem faktisch-natürlichen Sinne eines Nebeneinanderbestehens machtbetätigender Menschengruppen. Er ist damit nur der Wortführer vieler, die zu vorsichtig oder zu unklar denken, um sich einzugestehen, daß dies auf die Negation des Rechtes, die Aufhebung des juristischen Standpunktes überhaupt hinausläuft. LASSON selbst glaubt als Jurist dadurch gedeckt zu sein, daß er diese Ausschaltung juristischer Erkenntnis nur teilweise vollzieht, indem er versucht, sie auf das Verhältnis des Staates nach außen zu beschränken. Dadurch wird der Staat zu einem wahrhaft grotesken Fabelwesen; halb Rechtsordnung, halb Naturding. Aus der Gewalttheorie — nicht aus dem Souveränitätsdogma — kann dann LASSON den Schluß ziehen: Mithin ist der Zustand, der zwischen den Staaten waltet, ein vollkommen rechtloser<sup>1)</sup>; er bezeichnet diesen Zustand ausdrücklich als „Naturzustand“<sup>2)</sup>. Da aber das Verhältnis zwischen den als Gewalttatsachen aufgefaßten „Staaten“ begriffen werden will, da dieses Verhältnis irgendeiner Erkenntnis als Problem aufgegeben ist, stellt sich schließlich doch wieder eine Ordnung zwischen den Staaten ein. Nur daß diese Ordnung eine natürliche, d. h. die kausalgesetzliche Ordnung der Natur ist, die wie zwischen allen Seinstatsachen so auch zwischen den „Staat“ genannten Fakten einen Zusammenhang herstellt. Es ist darum mehr als ein bloßes Bild, mehr als ein zufälliger Vergleich, wenn LASSON — übrigens nicht ganz in Uebereinstimmung mit seiner Konstruktion des Völkerrechts als System von Klugheitsregeln — zu der Annahme gedrängt wird, „das Problem, eine Ordnung zwischen zwei Staaten herzustellen“ sei „gewissermaßen“ „ein Problem der Mechanik“<sup>3)</sup>; und geradezu behauptet: „Zwei Staaten stehen sich gegenüber wie zwei physische Kräfte“<sup>4)</sup>. Damit hat sich die Macht- und Gewalttheorie völlig dem Mutterschoße der Rechtstheorie entwunden

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 22.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 35.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 56.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 56. Vgl. dazu auch die Ausführungen eines anderen Leugners des Völkerrechts, SEYDEL, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, S. 32: „Zwischen den Staaten kann mithin kein Recht sein, zwischen ihnen gibt es nur Gewalt. Es gibt darum kein Völkerrecht. Wohl mögen die Herrscher es bei ihrem Verkehr als in ihrem Vorteile gelegen finden, gewisse Grundsätze gegenseitig zu beobachten, allein keiner ist an dieselben länger gebunden, als er will. Dies ist also offenbar kein Recht. Ebenso ist ein anderer Teil dessen, was man Völkerrecht nennt, kein Völkerrecht, sondern gleichmäßiges Staatsrecht der gebildeten Staaten.“

und sich selbst ad absurdum geführt. Von diesem mechanistischen Standpunkte aus produziert nun LASSON die bekannte Lehre vom „Gleichgewicht“ der Staaten <sup>1)</sup>, die wohl als der naive Versuch eines Naturgesetzes gewisser sozialer Erscheinungen, nicht aber als eine juristische Kategorie gelten kann. Und nur auf dieser naturwissenschaftlichen — oder richtiger: pseudo-naturwissenschaftlichen — Grundlage kann LASSON die von so vielen Juristen immer wieder aufgestellte Behauptung vertreten, daß Staatsverträge nicht rechtsgültig oder verbindlich, sondern nur „vernünftig“ oder unvernünftig, d. h. aber: die richtige oder falsche Beschreibung eines Kräfte- und Interessenverhältnisses seien. Sie sind „vernünftig“ nur insoweit, „als sie das gegenseitige Verhältnis der Macht zwischen den Pacifizierenden im Wesentlichen korrekt ausdrücken“ <sup>2)</sup>. Deutlicher kann die Negation von Recht und Rechtswissenschaft durch den Juristen nicht zutage treten, als wenn dieser — als solcher — seine Aufgabe in der Beschreibung von Seinstatsachen erblickt. In diesem Recht und Rechtswissenschaft gänzlich denaturierenden Sinn deutet LASSON — sehr zutreffend — auch die berühmte *clausula rebus sic stantibus* <sup>3)</sup>, die das Völkerrecht auf die Formel reduziert: du sollst, was du willst, und die Völkerrechtswissenschaft zu einer Deskription von Interessen und Machtmitteln erniedrigt, in Wahrheit: aufhebt.

Die Leugnung des Völkerrechts als einer über den Staaten stehenden Rechtsordnung unternimmt neuestens auch SOMLO <sup>4)</sup>. Die Besonderheit seines Standpunktes besteht darin, daß er zwar in Opposition zu der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts dieses ausdrücklich als eine über den einzelnen Rechtsmächten — den Staaten — stehende Ordnung gelten und deren Normen die unterworfenen Staaten verpflichten läßt, daß er aber diesem Normensystem den Charakter des Rechtes absprechen zu müssen glaubt. Die Gründe, aus denen dies geschieht sind: die relative Spärlichkeit der sogen. Völkerrechtsnormen, die Unbeständigkeit der „Völkerrechtsmacht“ und die unzureichende Befolgung des Völkerrechts. Auf diese Momente näher einzugehen, ist hier kein Anlaß. Was die Natur der Völkerrechtsnormen betrifft, so glaubt SOMLO sie weder dem Rechte noch auch einer anderen der bekannten Normkategorien subsumieren zu können. Er will sie „als besondere Gattung im Bereiche der heteronomen Normen des Handelns“ gelten lassen <sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 56 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 62.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 65.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 153 ff.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 170.

Der Grundirrtum SOMLOs besteht darin, daß er einen Einheitsbezug zwischen einer Rechtsordnung und einem anderen Normensystem für möglich hält, ohne daß dieses andere System Rechtscharakter hat oder einen solchen — etwa durch Delegation — annimmt. Wie könnten denn andere als Rechtsnormen den Staat — eine Rechtsmacht wie SOMLO sagt — verpflichten? Nur wenn man die „Rechtsmacht“ hypostasiert, als eine Art Mensch vorstellt, kann man sich zu der falschen Analogie verirren: So wie der Mensch kann auch der Staat verschiedenen Normsystemen unterworfen sein. Allein der Staat ist selbst ein Normensystem und die Annahme seiner Verpflichtung durch ein anderes System nur der anthropomorphen Ausdruck für das Problem eines Verhältnisses zweier Systeme. Dieses Problem löst sich aber nur durch die Erkenntnis der Einheit beider Systeme, die Herstellung einer letztlich einheitlichen Rechtsordnung. SOMLO meint in bezug auf das Völkerrecht: „Damit, daß von einer Norm behauptet wird, daß sie keine juristische ist, ist nicht auch gesagt, daß sie nicht zu befolgen sei“<sup>1)</sup>. Allein: Von wem, von welchem Standpunkte aus ist dies gesagt? Von einem juristischen Standpunkte aus — und das soll doch wohl derjenige sein, von dem aus SOMLO seine „Juristische Grundlehre“ schreibt — kann nur von einer Rechtsnorm gesagt werden, daß sie zu befolgen sei, das heißt: daß sie gelte. Denn eine andere als eine Rechts-Geltung ist von diesem Standpunkte, innerhalb dieses Systems nicht denkbar. Welche Norm wäre dann im Falle eines inhaltlichen Konflikts zwischen den Normen der beiden verschiedenen Systeme zu befolgen?

Der innere Widerspruch einer über der einzelstaatlichen Rechtsordnung stehenden, gültigen, verbindlichen Völkerrechtsordnung, die keine Rechtsordnung ist, tritt auch bei SOMLO deutlich zutage. Daß er das Völkerrecht nicht als Recht — und damit von einem juristischen Standpunkt eben überhaupt nicht — gelten läßt, geht letztlich darauf zurück, daß er die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän voraussetzt. Daß deren Normen von einer „höchsten Macht“ herrühren, sei für sie wesentlich, ja auf den Begriff dieser „höchsten Macht“ ist bei ihm der ganze Rechtsbegriff — und das ist für ihn der Begriff der einzelstaatlichen Rechtsordnung — abgestellt<sup>2)</sup>. Wie ist es aber dann möglich, daß „über“ dieser „höchsten“ Macht doch noch eine höhere, nämlich die des Völkerrechts stehen kann, von der SOMLO ausdrücklich hervorhebt, daß sie

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 169.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 86, 93, 105. Vgl. dazu die Ausführungen des ersten Teiles, S. 31 ff.

eine „den einzelnen Rechtsmächten übergeordnete Macht“ sei<sup>1)</sup>). Allerdings gibt SOMLO dem Begriff der „höchsten“ Macht eine Deutung, die aus dem absoluten Superlativ eine *relativ intensive* Wirkksamkeit macht; was dann zu der seltsamen Konsequenz führt, daß die „Macht“ des Völkerrechtes zwar „über“ der Einzel-Rechtsmacht steht, aber weniger wirksam ist als diese, die — wegen der Intensität ihrer Wirkksamkeit — als „höchste“ bezeichnet wird! Es ist gewiß kein Zufall, daß sich SOMLO der für seine psychologisch-soziologische Bestimmung der Rechtsmacht ganz unzutreffenden Terminologie einer „höchsten“ Macht — das ist des typischen Souveränitätsausdruckes — bedient und so den Widerspruch nur manifestiert, den seine Völkerrechtskonstruktion zu verbergen sucht: den Widerspruch zwischen der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung und einem Primat des Völkerrechtes.

### Achtes Kapitel.

### Der Primat der Völkerrechtsordnung.

#### § 46.

#### Einstellung des Problems.

Nach allgemein anerkannter Auffassung gehört zum Wesen und Begriff des Völkerrechtes, daß es eine Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten konstituiere. Die Vorstellung der Koexistenz einer Vielheit von Gemeinwesen, die trotz der tatsächlichen Verschiedenheit ihrer Größe, Volkszahl und effektiven Machtmittel rechtlich gleichwertig und — bei gegenseitig abgegrenzten Machtsphären — zu irgend einer höheren Gemeinschaft verbunden sind, ist eine eminent sittliche Idee und einer der wenigen, wirklich wertvollen und unbestrittenen Bestandteile des neuzeitlichen Kulturbewußtseins. Diese Vorstellung ist aber nur möglich mit Hilfe einer juristischen Hypothese: daß über den als Staaten angesehenen Gemeinwesen eine Rechtsordnung steht, die die Geltungsbereiche der Einzelstaaten gegenseitig abgrenzt, indem sie Eingriffe des einen in die Sphäre des andern verhindert oder doch an gewisse, für alle gleiche Bedingungen knüpft; eine Rechtsordnung, die das gegenseitige Verhalten dieser Gemeinwesen durch für alle gleiche Normen regelt, bei der Gestaltung der besonderen Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Staaten grundsätzlich jeden Rechtsmehrwert des einen gegenüber dem anderen ausschließt, und

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 155.

die, als eine Universalordnung, die zu besonderen Rechtssubjekten personifizierten einzelstaatlichen Rechtsordnungen aus ihrer Isoliertheit (und damit aus ihrer Höchstwertigkeit oder Souveränität) heraushebt, um sie — nunmehr als Teilordnungen — zu einem Ganzen, zu einer „Gemeinschaft“ zu verbinden. — Dies leistet das Völkerrecht, leistet es jedoch nur, wenn sein Primat gegenüber den einzelstaatlichen Rechtsordnungen angenommen, wenn es — um in dem üblichen Bilde zu bleiben — als eine „über“ den Staaten stehende Rechtsordnung angesehen wird, d. h. wenn die einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Bestandteile einer sie als Rahmen umspannenden Universalrechtsordnung gelten, nicht aber, wenn das Völkerrecht als Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung, als „äußeres Staatsrecht“ vorgestellt wird. Denn nur bei einem Primat der Völkerrechtsordnung erscheinen die Einzelstaaten auf der gleichen Rechtsebene, indem sie alle gleichermaßen der ihnen übergeordneten universalen Rechtsordnung unterworfen sind, können daher rechtlich als Gemeinwesen gleichen Ranges gelten; während bei einem Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung die eigene staatliche Rechtsordnung, von deren Primat man ausgeht, gegenüber den anderen — kraft „Anerkennung“ seitens der eigenen — gültigen Staatsordnungen allein die Stellung einer „höchsten“, d. h. die anderen rechtslogisch umfassenden Ordnung, somit allein Souveränität behauptet. Und indem der Primat des Völkerrechts diese Funktion erfüllt, wird der Rechtsbegriff zugleich im förmellen und materiellen Sinne vollendet: Das Recht wird zur Organisation der Menschheit und damit eins mit der höchsten sittlichen Idee.

In demselben Maße, in dem die Völkerrechtstheorie an der Vorstellung des Nebeneinander einer Vielheit von koordinierten Staaten festhält — und dies ist ausnahmslos der Fall — muß sie auch mit dem diese Vorstellung überhaupt erst ermöglichenden Primat des Völkerrechtes gegenüber den einzelstaatlichen Rechtsordnungen operieren. Sie tut dies — wenngleich in vielfachem Widerspruch zu gewissen gleichzeitig behaupteten Konstruktionen, die einen Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung voraussetzen. Und so findet sich denn bei den meisten Völkerrechtsjuristen die Annahme, daß, wenn nicht das ganze Völkerrecht, so doch gewisse Bestandteile desselben eine irgendwie objektive, d. h. von dem Willen des Einzelstaates, der „Quelle“ der einzelstaatlichen Rechtsordnung unabhängige Existenz haben. Ist aber der Bestand von Völkerrechtsnormen zugegeben, deren Geltung nicht auf dem „Willen“ der durch sie verpflichteten Einzelstaaten beruht, dann muß nicht nur dieses, sondern — wie sich leicht zeigen läßt — das ganze

Völkerrecht als ein „über“ den einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehendes Normensystem vorgestellt werden; die weiteren Konsequenzen dieser Konstruktion liegen zwar offen zutage, werden freilich nicht gezogen.

### § 47.

Die Objektivität des Völkerrechts; das „natürliche“, „notwendige“, „theoretische“, „unwillkürliche“ Völkerrecht.

Schon GROTIUS hatte gelehrt, daß es neben dem „willkürlichen“ Völkerrechte aller oder nur mehrerer Völker ein „unveränderliches und natürliches“ Völkerrecht gebe, das von niemandem gesetzt sei und dem sich kein Staat entziehen könne. Die Annahme eines solchen „natürlichen“, d. h. von der Willkür und dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen Völkerrechts ist unvermeidlich; und zwar schon deshalb, um das „willkürliche“, d. h. auf dem Willen der Staaten beruhende, durch Verträge fortgebildete und in seinem Inhalt daher veränderliche Völkerrecht als ein Recht zwischen koordinierten Gemeinwesen zu begründen. Denn der Rechtssatz, daß Verträge zu erfüllen sind, diese Grundlage des „willkürlichen“ Völkerrechtes, muß — da er nicht durch den Willen eines Einzelstaates oder mehrerer Einzelstaaten gesetzt werden kann — er soll ja erst die Verbindlichkeit dieses „Willens“ und damit diesen „Willen“ als Rechtstatsache begründen — als „natürliches“ Recht, d. h. hier aber nichts anderes als eine Rechtshypothese vorausgesetzt werden. Damit wird aber nicht nur das sog. natürliche Recht — dessen Kern stets die Norm *pacta sunt servanda* ist — sondern auch das ganze auf diesem natürlichen Rechte gegründete willkürliche Völkerrecht, das in seinem Inhalt variable, durch den Willen des Staates bestimmte Vertrags-Völkerrecht in die Sphäre der objektiven Geltung und damit in die Sphäre des Rechtes gezogen. Es ist ja auch mit dem Privatrecht nicht anders. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Menschen werden inhaltlich durch ihren Willen, d. h. rechtsgeschäftlich vor allem durch Vertrag bestimmt. Nur die Beziehung auf den Inhalt gestattete, hier von einem „Willkürrecht“, von Privatautonomie zu sprechen. Die Verbindlichkeit des Privatwillens ruht aber auf der objektiven, von dem Willen der Parteien unabhängigen Privatrechtsordnung, auf dem Rechtssatz, der an den Tatbestand einer bestimmten Willensäußerung bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Wie im Privatrecht ist auch im Völkerrecht Freiheit des Individualwillens, also Willkür im eigentlichen Sinne, nur für die Begründung eines Rechtsverhältnisses, keineswegs für dessen Aenderung



oder Beendigung eingeräumt. („Eingeräumt“, nämlich von einer objektiven Norm, und darum als subjektives Prinzip der Willkür eigentlich schon aufgehoben.) Und wie im Privatrecht so muß man auch im Völkerrecht das ganze durch Verträge geschaffene Recht — wenn es auch mehr oder weniger Individualrecht ist — wegen des Vertragsrechtssatzes, seiner objektiven Grundlage, als objektives, in seiner formalen Geltung der Willkür entrücktes, d. h. aber als echtes Recht gelten lassen. Eine Norm, ein Sollen, dessen Geltung von dem subjektiven Wollen desjenigen abhinge, dessen Verhalten es beinhaltet, wäre keine Norm mehr. In dem Satze: du sollst, wenn und was du willst, ist mit dem Gegensatze von Sein und Sollen das Wesen der Norm überhaupt aufgehoben.

Soll das Völkerrecht überhaupt Recht, soll es ein System gültiger Normen sein, dann muß seine Geltung in dem Sinne objektiv sein, daß sie von dem Willen der verpflichteten Subjekte unabhängig ist. Geltung und objektive Geltung sind eins. Als „äußeres Staatsrecht“ vorgestellt, teilt das Völkerrecht die Objektivität der staatlichen Rechtsordnung, deren Bestandteil es bildet. Nur solange die Hypostasierung der Staatsperson nicht aufgelöst wird, solange man nicht menschliches Wollen und Handeln als Inhalt der Normen, Menschen als Träger der Pflichten erkennt, hat es den Anschein, als ob die Geltung des Rechtes der Staatsperson gegenüber der Objektivität ermangelte; denn nach der üblichen Vorstellung ist der Wille des Staates zugleich das Recht und das verpflichtete Subjekt: der Staat soll nur, wenn und was er will. Indes steht die Geltung staatlicher Rechtsordnung — soweit ihr Inhalt in Betracht kommt — letztlich nur Menschen gegenüber in Frage, und ihre Objektivität ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, als sie — nicht zuletzt um diese ihre Objektivität zum Ausdruck zu bringen — als Wille einer von allen verpflichteten Menschen verschiedenen, fingierten Person gedacht wird. — Wird die Objektivität des Völkerrechtes gegenüber dem Staate betont, indem die Geltung aller oder doch gewisser Normen desselben als vom Willen des (verpflichteten) Staates unabhängig erklärt wird, so ist damit nichts anderes behauptet, als eine mit der speziellen Quelle der einzelstaatlichen Rechtsordnung nicht identische Quelle des Völkerrechts; dessen Verhältnis zur einzelstaatlichen Rechtsordnung, eben wegen der Möglichkeit einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates d. h. der durch die einzelstaatliche Rechtsordnung zu bestimmenden Menschen, nur das der Ueberordnung sein kann. Indem man eine objektive Geltung des Völkerrechts dem Staate gegenüber behauptet, stellt man sich auf den Standpunkt eines Primates des Völkerrechts.

Ein Völkerrecht, das nicht der Wille des Einzelstaates ist, ja nicht einmal in seiner Geltung von dem Willen des Einzelstaates abhängt, kann natürlich auch nicht ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, kann nicht äußeres Staatsrecht sein. Soll überhaupt eine Beziehung zwischen beiden Rechtssystemen bestehen, dann muß die staatliche Rechtsordnung zum Bestandteil des Völkerrechtes werden.

Die Objektivität des Völkerrechts gegenüber dem Willen des Einzelstaates wird von fast allen Schriftstellern mehr oder weniger ausdrücklich behauptet. Nur als typische Beispiele seien die folgenden angeführt. So unterscheidet BLUNTSCHLI<sup>1)</sup> zwischen dem „notwendigen“ Völkerrecht, das die Staaten bindet und zwar auch die Staaten, welche sich nicht erklärt haben, sogar dissentierende Staaten, und dem „konventionellen“ Völkerrecht, das auf dem Vertragswillen beruht. Ja, er erklärt als einen Rechtssatz des Völkerrechts geradezu die Norm: „Es hängt nicht von der Willkür eines Staates ab, das Völkerrecht zu achten oder zu verwerfen. Da sich kein Staat seiner Menschennatur entledigen kann, so darf er sich auch seiner Menschenpflicht nicht entziehen.“ Und er fügt kommentierend hinzu: „Wäre das Völkerrecht ausschließlich das Erzeugnis freien Willens der einzelnen Staaten, so wäre im Grunde alles Völkerrecht Vertragsrecht, d. h. kein Staat wäre anderen Staaten gegenüber verpflichtet, völkerrechtliche Sätze zu beachten, wenn diese nicht durch Staatenvertrag sanktioniert wären. Es bliebe dann sogar unerklärt, weshalb denn die Verträge die Staaten auch dann noch binden, wenn der Wille der Vertragsparteien sich ändert, weshalb nicht jede Willensänderung eine Rechtsänderung nachzieht. Die Verbindlichkeit des Völkerrechts setzt die Notwendigkeit desselben im Gegensatz zur Willkür voraus“<sup>2)</sup>. Unter Notwendigkeit versteht BLUNTSCHLI, was hier als objektive Geltung bezeichnet wurde. Allerdings könnte die Verbindlichkeit der Verträge — wie gezeigt — auch vom Standpunkt einer Konstruktion aufrechterhalten werden, in der das Völkerrecht als Wille des Einzelstaates erscheint; eine einseitige Willensänderung wäre aber verfassungsrechtlich unmöglich. Nur daß eine solche Völkerrechtshypothese nicht imstande ist, die Vorstellung von koordinierten, gleichberechtigten Gemeinwesen und daher auch nicht die Vorstellung eines Vertrages zwischen Staaten zu ermöglichen.

Sehr charakteristisch für den Widerspruch, in den die Theorie gerät, wenn sie dem Völkerrecht nur eine subjektive Geltung für den Staat zubilligen will, indem sie es lediglich auf den — in

<sup>1)</sup> Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. 3. Aufl. 1877.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 60.

einem Vertrag oder in einer „Anerkennung“ ausgedrückten Willen des selbstverpflichteten Staates gründet, andererseits aber die Existenz von Völkerrechtsnormen zugeben muß, die nicht nur keine solche Grundlage aufweisen, sondern diese „Grundlage“ erst ihrerseits begründen, zeigen die Ausführungen HEFFTERS<sup>1)</sup>. Er nennt das Völkerrecht ausdrücklich nur ein „äußeres Staatsrecht“<sup>2)</sup> und lehnt entschieden die Vorstellung ab, die Geltung des Völkerrechts auf ein „höheres, alle Staaten verpflichtendes Gesetz“, ein „Naturrecht, welches sie philosophisch konstruieren“<sup>3)</sup>, zu begründen. Er gibt sich weiter darüber keine Rechenschaft, wie ohne die Hypothese eines solchen „höheren Gesetzes“ eine Vielheit nebeneinander bestehender, gleichberechtigter Staaten rechtlich möglich sein soll; und erklärt, sich auf diese Vorstellung stützend: „Die Wahrheit ist, daß, wie schon bemerkt, für unabhängige Staaten ein gültiges Recht wesentlich durch gemeinsamen Willen (consensu) besteht...“ Er hält also an der Anerkennungs- und Vertragsbasis, an dem Prinzip einer subjektiven Geltung des Völkerrechts fest. Allein er schwächt diesen „gemeinsamen Willen“, diesen Konsens so sehr ab, daß er im Grunde genommen ganz verschwindet, wenn von diesem Rechte erklärt wird, daß es „zu seiner Gültigkeit weder einer ausdrücklichen Anerkennung in Verträgen, noch einer Bestätigung durch Gewohnheit überall bedarf.“ HEFFTER sagt wörtlich: „Es gibt nämlich ein schon aus innerer Nötigung anzuerkennendes, darum auch keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürftiges gegenseitiges Recht der Staaten, insbesondere der in einem gleichartigen Kulturgrade stehenden Staaten. Denn es gibt Grundsätze, die kein derartiger Staat verleugnen darf, wenn er dauernd und mit Sicherheit an dem gemeinsamen Staatenverkehr teilnehmen will, deren Anerkennung also auch jeder bei dem anderen voraussetzt, weil er sonst alle Verbindung mit demselben vermeiden und aufheben würde. So ist von selbst in dem Friedlichzusammenbestehenwollen das Recht der gegenseitigen Achtung der Persönlichkeiten enthalten, so in dem Wollen eines zuverlässigen Verkehrs das Recht der Verträge und Gesandtschaften, so in der Ausschließung eines ewigen Kriegszustandes das Gesetz einer menschlichen Kriegführung. Ein solches ungeschriebenes, von selbst verstandenes Recht verkennen wollen, hieße die Sittlichkeit der christlichen Staaten auf die niedrigste Stufe stellen.“ Neben diesem keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürftigen, aus innerer

<sup>1)</sup> HEFFTER-GEFFCKEN, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8 Ausgabe, 1888.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 1.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 7.

Nötigung, also notwendig, wenn vielleicht auch nur stillschweigend anzuerkennenden gäbe es auch ein durch bestimmte Willensakte gesetztes Völkerrecht<sup>1)</sup>. — Daß HEFFTER auf diese Weise gerade die von ihm feierlich abgelehnte Vorstellung eines „höheren, alle Staaten verpflichtenden Gesetzes“, eines „Naturrechtes“ als Grund des objektiv gültigen Völkerrechtes akzeptiert, liegt auf der Hand. Von welch anderem Ding als dem Moralgesez könnte nämlich jene „innere Nötigung“ ausgehen, mit der man zur Anerkennung jener „Grundsätze“ gezwungen wird, deren eventuelle Negierung HEFFTER veranlaßt, an die „Sittlichkeit der christlichen Staaten“ zu rekurrieren? Ein objektiv gültiges, von dem Willen und Interesse der Subjekte gänzlich unabhängiges Sittengesetz, etwa nach Art des kategorischen Imperativs, muß vorausgesetzt werden, wenn die Grundsätze gelten sollen, bezüglich deren HEFFTER eine ausdrückliche Anerkennung nicht für notwendig erklärt. Denn wer z. B. zuverlässigen Verkehr mit dem anderen wünscht, der muß wohl Vertragstreue von diesem ändern wollen, ohne sie aber für sich selbst gelten zu lassen. Der subjektive Wille eines bestimmten Erfolges kann das objektive Gebot der Vertragstreue nicht begründen. Die Objektivität dieser Norm ist es aber gerade, die HEFFTER dadurch zum Ausdruck bringt, daß er eine ausdrückliche Anerkennung derselben für überflüssig erklärt oder — in anderem Zusammenhang — das erforderliche Einverständnis (consensus) als „mit Gewißheit voraussetzend“<sup>2)</sup> präsumiert, richtiger fingiert.

Noch deutlicher betont GEFFCKEN in seiner Bearbeitung des HEFFTERSchen Werkes die zur Anerkennungstheorie in direktem Widerspruch stehende Objektivität der Geltung des Völkerrechts, wenn er mit Beziehung auf ein Zitat aus Sir. W. SCOTT von den Verträgen, Gesetzen und Verhandlungen (transactions) der zivilisierten Staaten, in denen das Völkerrecht niedergelegt sei, behauptet: „Diese sind sein Ausdruck, aber es besteht vor ihnen und unabhängig von ihnen“<sup>3)</sup>.

In seinem auch in deutscher Sprache weit verbreiteten Lehrbuch des Völkerrechts unterscheidet BONFILS<sup>4)</sup> „das theoretische oder natürliche Völkerrecht“ von dem „positiven oder willkürlichen Völkerrecht“<sup>5)</sup>. Das theoretische oder natürliche Völkerrecht, das — im Gegensatz zum willkürlichen — den Charakter des not-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 7.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 3.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 5.

<sup>4)</sup> Lehrbuch des Völkerrechts, 3. Aufl., übersetzt von GRAH, 1904.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 15.

wendigen hat, schildert er folgendermaßen: „Aus der schöpferischen Ursache und der Grundlage des Völkerrechts“ (soll offenbar soviel heißen wie: aus dem Wesen und Begriff des Völkerrechts) „leitet die menschliche Vernunft im Wege notwendiger Schlußfolgerung ursprüngliche, allgemeine, absolute Regeln ab, ohne die das Dasein der Staaten, ihre Souveränität, ihre politische Unabhängigkeit und ihr Anspruch auf Gleichberechtigung verkannt und verletzt werden würde. Beispiele: Die Befugnis im eigenen Lande ohne Zustimmung anderer Staaten die Handelsfreiheit zu verkünden; das Recht, während des Krieges zwischen anderen Staaten Frieden zu halten, aber mit der entsprechenden Verpflichtung, keinen der beiden Kriegsparteien zu begünstigen; die Pflicht der Kriegsparteien, die Handelsfreiheit der Neutralen zu achten; die Unterlassung jeder Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates; die Unverletzlichkeit der Vertreter fremder Staaten; die Freiheit, Verträge abzuschließen; die Achtung vor abgeschlossenen Verträgen u. dgl. Die Vernunft an sich — abgesehen von jeder Gewohnheit — schafft und bildet diese ursprünglichen grundlegenden Grundsätze . . . Das Vernunftrecht ist die Wissenschaft, die auf der reinen Theorie aufgebaut ist.“ Dieses natürliche Völkerrecht gilt unabhängig von seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung für alle — auch die nicht zivilisierten — Staaten und Völker. „Das natürliche Recht ist verpflichtend, weil es notwendig ist. Diese Notwendigkeit drängt sich sämtlichen Staaten auf“<sup>1)</sup>. Deutlicher kann ein von dem Willen der Einzelstaaten unabhängiges, aus einem von der Quelle einzelstaatlichen Rechtes verschiedenen Ursprung entspringendes Völkerrecht und damit der Primat desselben nicht behauptet werden. Doch darf es einen nicht wundern, daß im unmittelbaren Anschluß an diese Charakteristik des Völkerrechts gesagt wird: „Die Grundsätze dieses Rechtes bilden gewissermaßen (!) einen Bestandteil ihrer (der Einzelstaaten) Landesgesetze“<sup>2)</sup>, was natürlich den Primat der staatlichen Rechtsordnung, also den gerade entgegengesetzten Standpunkt bedeutet; oder wenn — nachdem von der Grundlage des ganzen Völkerrechts gesagt wird, sie dränge sich den Staaten mit Notwendigkeit und unabhängig von jeder Anerkennung auf — das Völkerrecht definiert wird: als „das freigewollte und anerkannte Genossenschaftsrecht solcher Staaten, die den Verkehr mit anderen Staaten aus sichtlich rechtlichem Interesse üben und als eine Forderung ihrer Kultur-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 18.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 18.

bedürfnisse begreifen, somit als Bestandteil einer allgemeinen sie verpflichtenden Ordnung anerkennen“<sup>1)</sup>).

Es ist der gleiche Widerspruch, wenn RIVIER<sup>2)</sup> in seinem bekannten Lehrbuch eingangs das Völkerrecht als „äußeres Staatenrecht“<sup>3)</sup> kennzeichnet, um dann zu einem vom staatlichen Rechte gänzlich verschiedenen Ursprung des Völkerrechts zu gelangen. Er betont, daß das Völkerrecht nicht „willkürlich“ sei. „Seine Grundlage ist die göttliche Weltordnung“<sup>4)</sup>. Und er führt die primäre Quelle des Völkerrechts, das „gemeinsame Rechtsbewußtsein“ der Staaten<sup>5)</sup> wieder auf zwei engverbundene Quellen zurück: „Notwendigkeit“ und „Vernunft“<sup>6)</sup>. So trägt er der Forderung nach Objektivität und Primat des Völkerrechts Rechnung. Nichtsdestoweniger zitiert er zustimmend Äußerungen HOLTZENDORFFS<sup>7)</sup>, die als letzten Geltungsgrund des Völkerrechts den Willen des Einzelstaates, das Völkerrecht demnach als Bestandteil der wesentlich souveränen einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnen. Die Völkerrechtsnorm entspringe aus der freiwilligen „Unterwerfung höchster im Staate wirkender Machtorgane unter die Herrschaft einer außerhalb ihrer Machtsphäre entstehenden oder bereits vorhandenen Norm, deren Notwendigkeit einleuchtend ist.“ „Das wahre und entscheidende Merkzeichen aller Völkerrechtsquellen ist ursprüngliche Autonomie und Freiheit der Staaten, welche bestimmte Grundsätze des Verhaltens gegen andere Staaten als dauernd notwendige und bleibende Bestandteile ihrer Rechtsordnung aus eigener Entschließung sich aneignen“<sup>8)</sup>. Diese unzweideutige Annahme eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung hindert allerdings HOLTZENDORFF<sup>9)</sup> keineswegs, in der Lehre von den subjektiven Grundrechten der Staaten Völkerrechtsnormen zu behaupten, die — weil sie sich aus dem im Begriff des Völkerrechts gelegenen Nebeneinanderbestehen selbständiger Staaten ergeben — „einer besonderen vertragsmäßigen Anerkennung zu ihrer Wirksamkeit und Geltung nicht bedürfen“<sup>10)</sup>, und hinsichtlich deren es daher fraglich bleiben muß, auf welchem Wege sie zu einem Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung werden sollen.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 6.

<sup>2)</sup> Lehrbuch des Völkerrechts, 2. Aufl. 1899.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 1.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 12.

<sup>5)</sup> Diesem gegenüber seien Gewohnheit und Vertrag nur „sekundäre“ Quellen. A. a. O. S. 9.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 11.

<sup>7)</sup> Handbuch des Völkerrechts. I. 1885.

<sup>8)</sup> a. a. O. S. 81.

<sup>9)</sup> Das europäische Völkerrecht in: HOLTZENDORFF, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., I. Band.

<sup>10)</sup> a. a. O. S. 1210.

## § 48.

## Die Lehre von den „Grundrechten“ des Völkerrechts.

In der Lehre von den sogen. Grundrechten der Staaten tritt auch bei den meisten anderen Autoren die Vorstellung von einem Primat des Völkerrechts als eines von dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen, über deren Ordnungen stehenden Normensystems deutlich zutage. So unterscheidet GAREIS<sup>1)</sup>, um zu diesen Grundrechten zu gelangen, die nicht durch Willkürakte der Staaten geschaffen werden, sondern die notwendige Voraussetzung für die internationalen Willensakte der Staaten sind, zwischen „echten“ und „unechten“ oder „selbständigen und unselbständigen Quellen des Völkerrechts“ und anerkennt als „echte Quellen des als ein objektives und positives Recht zu behandelnden Völkerrechts“ nur: die Rechtsnotwendigkeit (*necessitas*) und die Gewohnheit. Die „Rechtsnotwendigkeit“, die ja auch sonst in der Theorie des Völkerrechts eine große Rolle spielt, wenn es gilt, seine allgemeinen Grundlagen, seine letzte „Quelle“ zu gewinnen, ist in Wahrheit ein rationales oder sittliches Prinzip, eine oberste Norm, die als Ursprungshypothese nennenswert ist, damit das Völkerrecht eben jene spezifischen Funktionen erfülle, die ihm im System des juristischen Denkens zugewiesen sind. Unter diesem Gesichtspunkt sind die überaus typischen Ausführungen zu verstehen, die sich bei GAREIS über die „Rechtsnotwendigkeit“ finden. „Die tatsächlich vorhandenen Verhältnisse, vor allem das Dasein des Staates in seinem Wesen und in der Vielheit der Staaten, die wesentlichen Eigenschaften und Aufgaben der Staaten, die Tatsache eines Verkehrs derselben und ihrer Angehörigen, die dadurch gebotenen Rücksichten, das Vorhandensein gleicher Elemente in allen Staaten führen den sie mit logischer Konsequenz spekulativ beobachtenden Juristen und Staatsmann zu einer Anzahl von Regeln des äußeren Verhaltens, die von den Staaten anerkannt werden und denen sich keine Politik entziehen kann — Diese Regeln sind weit davon entfernt, Naturrecht zu sein: das Naturrecht ist ein subjektiv theoretisches, der in notwendigen Rechtssätzen bestehende Teil des Völkerrechts, *jus necessarium belli ac pacis*, dagegen ein objektiv-praktisches“<sup>2)</sup>. Die für Juristen charakteristische Selbsttäuschung, daß aus der Beobachtung von Seinstatsachen Rechtsnormen abgeleitet werden können, spielt auch hier die entscheidende Rolle. Die Kenntnis des tatsäch-

<sup>1)</sup> Institutionen des Völkerrechts, 2. Aufl. 1901.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 33.

lichen Verhaltens der Menschen wäre imstande, eine logisch-konsequente Spekulation zu den Grundprinzipien des Völkerrechtes, d. h. zu einem System von Normen zu führen, die aussagen, wie sich die Menschen — in einer gewissen Beziehung — gegenseitig verhalten sollen! Dieser Irrtum verhindert, daß der oberste Grundsatz, die Ursprungsnorm — und nur aus einer Norm können Normen spekulativ abgeleitet werden — ins Bewußtsein tritt. Daher auch die vermeintliche Differenz zwischen dem „notwendigen“, aus den Tatsachen destillierten Völkerrecht und dem Naturrecht, das bewußt aus einem Vernunft- oder Moralgrundsatz gewonnen werde. „Subjektiv“ ist das eine wie das andere, sofern es nicht gelingt, die Ursprungsnorm als objektive Wahrheit — sowie etwa einen mathematischen Lehrsatz — zu erweisen. Und objektiv sind beide, soferne ihre Normen — wie alle echten Normen — mit dem Anspruch auf eine von dem Wollen der Verpflichteten unabhängige Sollgeltung auftreten. Darin liegt ja gerade die „Notwendigkeit“ der Vernunft oder Moral, auf die sich das eine ausdrücklich — das andere stillschweigend beruft. Und beide sind ebenso „theoretisch“ wie „praktisch“ — wird doch das „notwendige“ Völkerrecht von manchen Schriftstellern geradezu als das „theoretische“ und in richtigem Instinkte für die Verwandtschaft mit dem Naturrecht, das ja auch der extremste Positivismus für die Grundlegung der Rechtsordnung nicht entbehren kann<sup>1)</sup>, auch als „natürliches“ bezeichnet.

Nach GAREIS sind nun „diese notwendigen, den Staaten durch die Macht der Verhältnisse zur Anerkennung aufgedrängten Rechtsätze“: Die Grundrechte der Staaten, der Satz *pacta sunt servanda*, usw.<sup>2)</sup>. Auch hier wieder tritt der Widerspruch zwischen dem subjektiven und dem objektiven Geltungsprinzip in der Theorie des Völkerrechts deutlich zutage: Die Normen des „notwendigen“ Völkerrechts werden auf dem Wege logischer Schlußfolgerungen aus einer Voraussetzung gewonnen, deren Gewißheit naiv in der Weise behauptet wird, daß man sie als Tatsache oder Tatsachenkomplex fingiert<sup>3)</sup>. Die Normen des „notwendigen“ Völkerrechts

<sup>1)</sup> Vgl. unten S. 225 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 34. Daß GAREIS somit den Geltungsgrund der völkerrechtlichen Verträge ausdrücklich in dieses *jus necessarium* verlegt, ist ein deutliches Symptom für den Primat des Völkerrechts. Nur so kann der Begriff eines Vertrages zwischen koordinierten Staaten, zwischen Gemeinwesen gleichen Rechts, d. h. derselben Rechtsschichte ermöglicht werden. GAREIS sagt zutreffend: „Es ist die bindende Kraft der völkerrechtlichen Verträge eine der unzweideutigsten Manifestationen des sogenannten notwendigen Rechts“ a. a. O. S. 207.

<sup>3)</sup> Z. B. BONFILS a. a. O. S. 6: „Die rechtliche Grundlage des Völkerrechts beruht also auf der unleugbaren und notwendigen Tatsache, daß eine



müssen daher — wenn man von dem Problematischen ihrer Grundvoraussetzung absieht, und diese Voraussetzung ist durchaus *a u ß e r* Diskussion gestellt — den Charakter vollendeter Objektivität — so wie irgendein aus den Axiomen abgeleiteter Lehrsatz der Mathematik — haben. Es ist die Objektivität der Vernunft, die sie für ihre Geltung in Anspruch nehmen. Das ist es ja gerade, was in ihrer Charakterisierung als „notwendiger“ Rechtsnormen zum Ausdruck kommt. Eine „Anerkennung“ dieser Normen seitens der Subjekte, für die sie gelten, als Bedingung ihrer Geltung wäre somit sinnlos, weil im vollsten Widerspruche zu ihrer Objektivität. Nichtsdestoweniger hält GAREIS — auch in diesem Punkte typisch für die ganze moderne Völkerrechtslehre — an der Anerkennungstheorie auch gegenüber diesem notwendigen Völkerrecht fest. Seine Darstellung erweckt den Anschein, als ob eine Anerkennung auch dieses Teiles des Völkerrechtes wesentlich wäre. Allein indem er erklärt, daß man sich dieser Anerkennung nicht „entziehen“ könne, daß sie durch die Macht der Verhältnisse „aufgedrängt“ werde, hebt er den Begriff der Anerkennung in Wahrheit auf. „Anerkennung“ ist der Ausdruck für eine freie Willensäußerung. Verzichtet man auf das darin gelegene Bild, dann bedeutet, daß Völkerrechtsnormen unabhängig von der Anerkennung seitens der durch sie verpflichteten Staaten gelten: daß ihr logischer Ursprung nicht in der Sphäre (oder in der Richtung) der einzelnen staatlichen Rechtsordnung liegt; und die konsequente Verfolgung dieses Gedankens führt durch die Notwendigkeit eines Einheitsbezuges zwischen beiden Normensystemen zu der weiteren Erkenntnis, daß umgekehrt der logische Ursprung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen in der Sphäre des Völkerrechtes liegen muß.

Die Bearbeitung des als Völkerrecht gegebenen Normenmaterials zwingt so sehr zur Annahme von gewissen, gegenüber den empirisch-satzungs(vertrags)mäßig zustandekommenden Rechtsregeln sozusagen *a priori*ischen Rechtssätzen, daß auch Autoren, die sich grundsätzlich auf den Standpunkt der subjektivistischen Anerkennungs- und staatsrechtlichen Selbstverpflichtungstheorie stellen, somit auf den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung festlegen, in der Lehre von den „völkerrechtlichen Grundrechten“ völlig aus der Rolle fallen. Ein sehr anschauliches Beispiel dafür liefert das in Deutschland vielleicht verbreitetste Lehr- und Handbuch des Völkerrechts von LISZT. Obgleich dieser schon eingangs seiner Darstellung erklärt: Die verbindende Kraft schöpfen die völkerrechtlichen Normen mithin aus dauerhafte Gemeinschaft zwischen solchen Staaten, die einen gewissen Grad der Gesittung erreicht (?) oder überschritten haben, besteht.“

dem sich selbst bindenden Willen der Staaten, nicht aus dem Willen einer diesen übergeordneten Macht. Das Völkerrecht ist Vertrag, nicht Gesetz<sup>1)</sup>, — sieht er sich doch genötigt, aus dem „Gedanken des Nebeneinanderbestehens verschiedener Staaten mit gegeneinander abgegrenzten Herrschaftskreisen“, d. h. „aus dem Begriff der Völkerrechtsgemeinschaft“ „nach dem Satze des Nichtwiderspruches“ „eine ganze Reihe von Rechtssätzen“ abzuleiten, „durch welche Rechte und Pflichten der Staaten untereinander bestimmt werden, die keiner vertragsmäßigen Anerkennung bedürfen, um bindende Kraft zu besitzen. Sie bilden den festen Grundstock des ungeschriebenen Völkerrechts, seinen ältesten, wichtigsten, heiligsten Bestand. Da die aus diesem Grundgedanken sich ergebenden Rechte ohne weiteres einem jeden Staate als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft zukommen, werden sie wohl auch als »völkerrechtliche Grundrechte« bezeichnet“<sup>2)</sup>. LISZT wendet sich gegen die Anschauung, als ob es sich dabei um „naturrechtliche Truggebilde“ handle; es seien vielmehr „Rechtsnormen“, „die der Form ausdrücklicher Rechtssetzung nicht bedürfen, weil ohne sie ein Völkerrecht überhaupt nicht denkbar wäre“<sup>3)</sup>.

Daß aus dem „Begriff“ des Völkerrechts oder der Völkerrechtsgemeinschaft keine Rechtsnormen abgeleitet werden können, die nicht schon vorher als solche vorausgesetzt und nur in der Abstraktion eines Völkerrechts- oder Völkerrechtsgemeinschaftsbegriffes zusammengefaßt wurden, ist selbstverständlich; LISZT verfährt hier nicht viel anders wie GAREIS, der diese Rechtsnormen aus den „Tatsachen“ zu gewinnen vorgibt, und wie dieser bemüht er sich vergeblich die naturrechtliche Grundlage wegzuleugnen. Hier sei nur die Frage aufgeworfen, wie LISZT das Völkerrecht, das ganze Völkerrecht als „Vertrag, nicht als Gesetz“ charakterisieren, und zugleich von dem „wichtigsten“ Bestandteil desselben erklären kann, daß er auf keiner vertragsmäßigen Anerkennung beruhe, daß, wenn überhaupt die als „Grundrechte“ bezeichneten Völkerrechtsnormen den Inhalt von Vereinbarungen mehrerer Staaten bilden, diese entweder lediglich „deklaratorischen Charakter“ haben, oder es sich dabei um die Einzeldurchführung eines „an sich selbstverständlichen Prinzipes“ handle<sup>4)</sup>. Es ist unwesentlich, daß diese Fundamentalnormen des Völkerrechts gerade in der Form von subjektiven Rechten dargestellt zu werden pflegen: korrekter wäre es jedenfalls, sich auch in diesem Falle, ja gerade hier an die objektive Form zu halten und lieber von Grundnormen oder Grundrechtssätzen und -gesetzen

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 6.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 59.<sup>3)</sup> a. a. O. S. 59, Anm.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 59.

als von Grundrechten zu sprechen. Jedenfalls wäre aber die Norm *pacta sunt servanda* unter diese Grundgesetze aufzunehmen. Dies unterläßt zwar LISZT, aber gerade auf diese Norm trifft zu, was LISZT von den Grundrechten sagt, daß sie der — für das Völkerrecht charakteristischen — Form der Rechtssatzung, nämlich des Vertrages, nicht bedürfen, weil ohne sie ein Völkerrecht, im Sinne LISZTS also: ein Vertragsrecht zwischen koordinierten Staaten, nicht denkbar wäre. Weil aber der Vertragsrechtssatz nicht selbst als eine durch Vertrag oder sonstwie durch Anerkennung begründete Rechtsnorm gelten kann, das gesamte Vertragsvölkerrecht seine Geltung vielmehr aus diesem Vertragsrechtssatz herleitet, darf man wohl vom Völkerrecht als ganzem in vollkommener Umkehrung der LISZT-schen Charakterisierung sagen: Es ist nicht Vertrag, sondern Gesetz, sofern eben unter Gesetz im Gegensatz zum Vertrag eine von dem Willen der Normadressaten unabhängige Rechtssatzung verstanden wird. Und speziell der Völkerrechtssatz *pacta sunt servanda* verdient zusammen mit den anderen Grundgesetzen des Völkerrechts vollauf den Namen einer Satzung, d. i. einer Rechtssatzung im Sinne einer objektiv-notwendigen Voraussetzung von Rechtsnormen, einer Hypothese, durch die ein Völkerrecht als die Konstituierung einer Gemeinschaft koordinierter Gemeinwesen allererst ermöglicht wird.

Mit demselben Rechte wie LISZT das Völkerrecht, könnte man auch das innerstaatliche Privatrecht als Vertrag, nicht als Gesetz bezeichnen. Denn das ganze innerstaatliche Privatrecht, die rechtsgeschäftlich begründeten Rechte und Pflichten, Individualrechtsnormen, gründen sich letztlich nicht anders auf die innerstaatlichen Gesetzesnormen über Rechtsgeschäfte wie die durch völkerrechtliche Verträge konstituierten zwischenstaatlichen Rechtsverhältnisse auf den völkerrechtlichen Vertragsrechtssatz. Wenn man meint, daß diese Völkerrechtsnorm anders „über“ den Staaten steht wie die Privatrechtsnorm des staatlichen Gesetzes über den Untertanen, so ist dies ein Irrtum. Worauf es für die normative, d. i. hier die juristische Betrachtung allein ankommt, ist der Umstand, daß die Rechtsnorm dem durch sie gebundenen Parteiwillen gegenüber in objektiver Geltung steht. Das liegt in beiden Fällen unzweifelhaft vor. Allerdings wird diese Erkenntnis sofort getrübt, wenn sich an Stelle der objektiven Geltung einer Norm die — durch das Bild einer über den Subjekten stehenden Ordnung provozierte — Vorstellung einer über den Subjekten stehenden effektiven Gewalt schiebt. Die scheint beim Völkerrecht zu fehlen oder doch nur in sehr unzureichendem Maße vorhanden zu sein. Gerade diese Begriffsverschiebung aus der norma-

tiven in die explikative Ebene ist aber typisch und bei LISZT deutlich zu konstatieren. „Die Völkerrechtsgemeinschaft ruht auf dem genossenschaftlichen, nicht auf dem herrschaftlichen Prinzip.“ „Der Staat setzt begrifflich eine über dem einzelnen stehende Gewalt voraus, einen Herrscherwillen, der etwas anderes ist als die Summe der Einzelwillen, eine Herrschermacht, die den einzelnen erfäßt und ihn auch gegen seinen Willen festhält<sup>1)</sup>. Was an diesen Sätzen juristisch richtig ist, ist die für den Staat, d. h. eben für eine Rechtsordnung wesentliche objektive Geltung von Normen, die die verpflichteten Subjekte ohne, ja auch gegen deren Willen „festhält“: nur daß eben aus dieser objektiven Geltung unmerklich eine von irgendeinem Kraftzentrum ausgehende kausale Wirkung geworden ist. Durch eine solche methodologisch gänzlich unzulässige Metamorphose wird es möglich, die Völkerrechtsordnung in den Schein eines juristischen Gegensatzes zur staatlichen Rechtsordnung zu stellen: „Die Völkerrechtsgemeinschaft aber wird gebildet durch unabhängige Staaten, die die Anerkennung eines über ihnen stehenden Herrscherwillens weit von sich ablehnen. In der Völkerrechtsgemeinschaft ist der Wille der Gesamtheit . . . . nichts anderes als der Wille des einzelnen. Den schärfsten Ausdruck findet dieser grundlegende Satz in der Tatsache, daß völkerrechtliche Vereinbarungen nur diejenigen Staaten binden, die sich binden wollen . . . .“<sup>2)</sup>. Es kommt eben nicht — sofern man im Rahmen einer Rechtstheorie bleiben will — auf einen über den Subjekten stehenden Herrscherwillen, sondern — wenn schon das irreführende Bild eines „Willens“ beibehalten werden soll — auf einen Rechtswillen, d. h. auf eine Rechtsordnung an, deren Normen „über“ den Subjekten stehen, soferne ihre Geltung, ihr „Sollen“ von dem empirischen Wollen dieser Subjekte unabhängig ist. Daß ein solcher über den Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft stehender „Wille“ mit dem Wesen eines Völkerrechtes unvereinbar sei, dessen Grundgesetze zugestandener-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 6. ULLMANN, Völkerrecht, S. 3 führt aus: „Da die Herrschergewalt, die in der gesetzlichen Ordnung des Gemeinwesens ihre Grundlage hat und dieser Ordnung auch die Machtmittel entnimmt, durch Entfaltung dieser Machtmittel die Geltung des Rechtes gewährleistet, so stellt sie sich für die abstrakte Betrachtung als Bedingung der rechtlichen Ordnung dar.“ Hier wird normative Geltung mit kausaler Wirksamkeit vermennt und es kommt so zu dem inneren Widerspruch: Die „gesetzliche Ordnung“ ist die „Grundlage“ d. h. doch wohl logisch: die Bedingung der Herrschermacht, die ihre Mittel dieser Ordnung „entnimmt“, d. h. doch: sie durch die sie bedingende Ordnung rechtfertigt; und: die Herrschermacht ist die Bedingung der rechtlichen Ordnung.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 6.

maßen eben jene objektive Geltung haben, die der einzig mögliche juristische Sinn eines über den Staaten stehenden Willens ist, wäre natürlich ein flagranter Widerspruch. Daß der Gesamtwille der Völkerrechtsgemeinschaft, der nur in den Normen des Völkerrechts zum Ausdruck kommt, nichts anderes sei als der Wille der sämtlichen einzelnen Staaten, kann in dem Augenblicke nicht mehr wahr sein, wo die Existenz von Völkerrechtssätzen zugegeben ist, die unabhängig von dem Willen dieser Einzelstaaten entstanden sind, und die diese Einzelstaaten auch gegen ihren Willen verpflichten. Die so beliebte Fiktion einer stillschweigenden oder indirekten Anerkennung verdient hier keine ernstliche Berücksichtigung. Wenn der „grundlegende Satz“, daß der Wille der Gesamtheit in der Völkerrechtsgemeinschaft nichts anderes sei als der Wille der sämtlichen Einzelnen, tatsächlich keinen anderen und keinen schärferen Ausdruck finden würde als darin, „daß völkerrechtliche Vereinbarungen nur diejenigen Staaten binden, die sich binden wollen“, so wäre damit wohl kaum ein wesentlicher Unterschied zwischen der Völkerrechtsordnung und einer einzelstaatlichen Rechtsordnung aufgezeigt; denn auch nach der letzteren binden bekanntlich Vereinbarungen nur diejenigen Personen, die sich binden wollen.

Uebrigens gesteht LISZT diese objektive Geltung keineswegs bloß den die Grundrechte statuierenden Völkerrechtsnormen, sondern gelegentlich der Völkerrechtsordnung als solcher zu. Um die Rechtsnatur des Völkerrechtes zu erweisen, hebt er sehr treffend als das Wesen des Rechtssatzes hervor, „daß der Verpflichtete sich nicht willkürlich von der übernommenen Verpflichtung freimachen kann, daß die Norm ihn auch gegen seinen Willen bindet“<sup>1)</sup>. LISZT drückt damit ja nichts anderes als die Objektivität der Normgeltung aus, die er allerdings irrtümlich für ein Spezifikum des Rechts hält und den Normen der Moral und Religion abspricht. Diese Objektivität der Normgeltung billigt er der Völkerrechtsordnung grundsätzlich zu, und gerade sie führt er als Beweis für die Rechtsnatur des Völkerrechtes an. Allerdings beschränkt er sich darauf, festzustellen: „Das Verbleiben in dem Staatenverein der Völkerrechtsgemeinschaft steht nicht im freien Belieben der einzelnen Staaten. Je enger die Fäden des internationalen Verkehrs sich verschlingen, desto unmöglicher ist es für den einzelnen Staat, sich der Gemeinschaft zu entziehen. Der mächtigste Staat, wollte er heute erklären, daß er die von ihm geschlossenen Verträge nicht halten und neue nicht schließen wolle, würde morgen schon darüber klar sein, daß diese Erklärung

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 7.

einer Selbstvernichtung gleichkäme. Darin, daß der Austritt aus der Völkerrechtsgemeinschaft dem einzelnen Staate eben nicht freisteht, daß er durch die Macht der Verhältnisse auch gegen seinen Willen in der Genossenschaft festgehalten wird, liegt der durchschlagende Beweisgrund für die Rechtsnatur des Völkerrechtes<sup>1)</sup>. Ist somit ein „Wille“ da, der die Staaten auch gegen ihren Willen bindet und „festhält“, dann ist eigentlich nicht mehr einzusehen, worin noch juristisch ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Völkerrechtsordnung und der als Staat bezeichneten Rechtsordnung besteht. Dabei wird in der LISZTSchen Darstellung der ursprüngliche Fehler: an Stelle der normativen Rechtsgeltung die effektive Machtwirkung zu setzen, später durch den analogen Fehler kompensiert: an Stelle der Rechtsbindung, d. i. der rechtlichen Notwendigkeit, im Rechtsverbände zu bleiben, der rechtlichen Unmöglichkeit, sich der Sollgeltung der Völkerrechtsordnung zu entziehen, die faktische Unmöglichkeit, den effektiven, kausalen Zwang zu setzen.

Auch ein anderer — führender — Völkerrechtslehrer, ULLMANN, steht durchaus auf dem Standpunkt der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie. Er geht überhaupt von der subjektivistischen Grundauffassung aus: jedes Recht, „dem der Wille die Anerkennung versagt, ist nicht geltendes Recht“<sup>2)</sup>, charakterisiert die Geltung der Völkerrechtsnormen als „wesentlich von der Anerkennung der beteiligten Staaten getragen“<sup>3)</sup>, und erklärt die „Selbstbeschränkung der Beteiligten“<sup>4)</sup> als die Grundlage des Völkerrechtes. Er führt aus: „In dogmatischer Beziehung weisen Völkerrecht und Verfassungsrecht eine eigenartige Parität auf, insofern die Normen, die sich die Staaten nach außen setzen und die verfassungsrechtlichen Normen auf Willensakten des Staates beruhen, in denen sich eine Selbstbeschränkung der Staatsgewalt bekundet“<sup>5)</sup>. Allein anlässlich der Frage nach der Positivität des Völkerrechtes — und diese ist deshalb bedeutungsvoll, weil sie zum Wesenskern des Rechtes, seiner Objektivität führt — erkennt er das Völkerrecht als eine „von der Willkür der Beteiligten unabhängige äußere Ordnung“<sup>6)</sup>, er betont die „Notwendigkeit“<sup>7)</sup> seiner Geltung und spricht — gelegentlich — sogar die Hypothese vom Primat des Völkerrechtes aus, wenn er zugibt: „Dem Völkerrecht liegt allerdings die Idee eines die Gesamtheit der staatlich organisierten Völker des Erdballs umfassenden Rechts zugrunde“<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 8.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 40, 41.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 7.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 3.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 35.

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 17.

<sup>7)</sup> a. a. O. S. 18.

<sup>8)</sup> a. a. O. S. 53.

In der Frage der Grundrechte versucht ULLMANN allerdings — konsequent seiner subjektivistischen Grundkonstruktion — die Hypothese eines objektiven, über allen Staaten gleichmäßig stehenden Normsystems zu vermeiden, dessen Rechtssätze samt den aus ihnen abzuleitenden Rechten und Pflichten unabhängig von der Zustimmung der Rechtssubjekte Geltung haben. Er opponiert daher der „älteren, naturrechtlichen Einteilung des Völkerrechts in absolutes, formales oder unbedingtes und hypothetisches oder materielles, bedingtes, erworbenes Völkerrecht“, der subjektiven Rechte in Grundrechte, als absolute Rechte, und erworbene Rechte, „deren Entstehung auf Willensakten oder dem in Gewohnheiten oder Verträgen zum Ausdruck gelangten rechtlichen Willen der Staaten beruht“<sup>1)</sup>; und er lehnt die „Duplizität“ einer „übergeordneten, aus der Natur des Staates auf deduktivem Weg konstruierten, unwandelbaren Ordnung und dem positiven, von dem Willen der verkehrspfleghenden Staaten geschaffenen Völkerrecht“ ab<sup>2)</sup>. ULLMANN vertritt demgegenüber den Standpunkt des Positivismus, der „Einheit alles Rechts als positiven Rechts“<sup>3)</sup>. Er lehrt: „Da . . . die völkerrechtlichen Normen den Charakter positiven Rechts besitzen, kann die Frage der Möglichkeit subjektiver Rechte der völkerrechtlichen Personen immer nur in einer Beziehung zu diesen Normen gedacht werden; jedes auf spekulativem Wege konstruierte Können und Dürfen der völkerrechtlichen Subjekte liegt außer der Sphäre des Rechts und seiner Erkenntnis; jene bei den subjektiven Rechten und Pflichten in Betracht kommende Beziehung zu betreffenden Normen ist also auf dem Gebiete des Völkerrechts allemal eine Beziehung zu den von den Mitgliedern der Staatengemeinschaft anerkannten Normen . . .“<sup>4)</sup>. Zweifellos kann man alle subjektiven Rechte und Pflichten, insbesondere auch die sog. „Grundrechte“ als Inhalt des einzelstaatlichen Willens nachzuweisen versuchen und so einen Regreß über die einzelstaatliche Rechtsordnung, über deren Ursprungshypothese hinaus vermeiden. Die Notwendigkeit einer solchen Hypothese läßt freilich auch in diesem Falle den „spekulativen Weg“ für unvermeidlich erscheinen. Allein ULLMANN greift schließlich zu einer den Primat des Völkerrechts begründenden Ursprungshypothese. Anlässlich einer Analyse des sog. Selbsterhaltungsrechts kommt ULLMANN zu dem Satze: „Idee und praktische Möglichkeit der internationalen Gemeinschaft postulieren eine grundlegende Norm zum Schutze der sich als

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 141.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 142.<sup>3)</sup> a. a. O. S. 144.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 141.

Rechtssubjekte und Rechtsgenossen gegenseitig anerkennenden einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft. Dem durch das gleichberechtigte Nebeneinanderbestehen der Mitglieder dieser Gemeinschaft gegebenen primären und konstanten Lebensverhältnis entspricht innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung durch Vermittlung jener grundlegenden Norm ein primäres, allgemeines Rechtsverhältnis, in welchem jedes Mitglied sich als verpflichtet anerkennt, die andern nicht zu verletzen, jedem einzelnen Mitglied aber auch der Anspruch zuerkannt ist, von jedem andern die Unterlassung jeder Verletzung zu fordern. Jede Verletzung eines Mitglieds ist rechtswidrig, weil Uebertretung jener grundlegenden, jede Verletzung der Person verbietenden Norm. Weil diese Norm notwendig alle Interessen umfaßt, kann die Konstruktion einzelner abgeleiteter und als Grundrechte bezeichneter subjektiver Rechte als überflüssig abgelehnt werden, denn keines dieser einzelnen Rechte würde einen spezifischen Inhalt aufweisen<sup>1)</sup>. Das heißt aber: Die fraglichen subjektiven Rechte und Pflichten können nur aus der „grundlegenden Norm“ abgeleitet werden — falls überhaupt nach vorheriger Auseinanderlegung dieser allgemeinen Norm in speziellere eine Subjektivierung zweckmäßig erscheint. Wenn aber die „grundlegende Norm“ als ein Postulat der Idee internationaler Gemeinschaft gleichberechtigt nebeneinanderstehender Mitglieder erscheint, dann führt ein unzweifelhaft „spekulativer“ Weg zu einer „absoluten und formalen“ Norm, zu einer „übergeordneten“, „auf deduktivem Wege konstruierten Ordnung“; dann ist auch die — schon an und für sich unhaltbare — Vorstellung einer gegenseitigen Anerkennung als letzter Geltungsgrund aufgegeben, und an ihre Stelle tritt die durch die „grundlegende“ Norm statuierte Verpflichtung jedes der Norm unterworfenen Subjektes, das andere zu respektieren, jede Verletzung des anderen zu unterlassen.

Es entsteht nun insbesondere auch die Frage, wie ULLMANN die Verbindlichkeit der Staatenverträge begründet. Man müßte sich im Sinne der Selbstverpflichtungstheorie auf den Standpunkt stellen: Der Staat ist gebunden, sofern die eigenstaatliche Ordnung, der eigene „Wille“ eine Bindung statuiert, und auch diese Bindung entsteht und endet nach den Bedingungen, die die eigene Ordnung, der eigene „Wille“ der Staaten statuiert. Also mit Bezug auf den Staat: ein subjektives Vertragsrecht. Allein ULLMANN lehrt: „Für die Staatsverträge gibt es“ . . . , ebenso wie für die privatrechtlichen Verträge in der Privatrechtsordnung, „ein objektives Vertragsrecht, nach welchem derlei Verträge zu beurteilen sind; allein . . . während im

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 146, 147.



Privatrecht für die Kontrahenten die staatlichen Vertragsnormen maßgebend sind, setzen die kontrahierenden Staaten sich diese Normen in den Verträgen als Akten selbstverpflichtenden Willens: bei der Anwendung der Rechtsform des Vertrages bringen die Staaten die Erkenntnis der allgemeinen Natur des Vertrages und ihrer logischen Konsequenzen unmittelbar zum Ausdruck und zur wirksamen Geltung. Die bei diesen Selbstverpflichtungsakten regelmäßig beobachteten Regeln ermangeln nicht des Charakters der Objektivität, denn einerseits sind sie der Natur des Vertrags (der Natur der Sache) entlehnt; andererseits haben wir uns diese Regeln, weil als Konsequenz der Natur der Sache von den kontrahierenden Staaten angewendet, zugleich als von ihnen anerkannte bindende Norm vorzustellen<sup>1)</sup>. Die Vertragsrechtssätze als logische Konsequenz der „Natur der Sache“ in objektiver Geltung: das ist die Voraussetzung des Satzes *pacta sunt servanda* und einiger anderer den Vertrag betreffender Rechtssätze, unabhängig von der Willkür einer Anerkennung durch diejenigen Subjekte, für die diese Normen Geltung beanspruchen. Das steht in derselben Linie, wie die von ULLMANN hier zitierte Anschauung JELLINEKS, „daß der Vertrag eine allgemeine Rechtsform ist und daher gewisse allgemeine Elemente des Vertrages vorhanden sind, die auch ohne ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber objektives Vertragsrecht bilden. So ist auch aus dem allgemeinen Wesen des Vertrages das objektive Recht der völkerrechtlichen Verträge deduziert worden, über welches niemals ausdrückliche Vereinbarungen stattgefunden haben“<sup>2)</sup>. Natürlich, denn die Gültigkeit solcher Vereinbarungen setzt ja ein objektives Vertragsrecht voraus! Ist aber der „Wille“ des Staates als Rechtsquelle verlassen und die „Natur der Sache“ oder das „allgemeine Wesen des Vertrages“ als Rechtsquelle behauptet, so ist damit der subjektivistische Standpunkt aufgegeben. Der Versuch, den „Willen“ des Staates dabei doch auch als Geltungsgrund festzuhalten, muß scheitern, wenn ULLMANN<sup>3)</sup> sich die JELLINEKSsche Argumentation aneignet: formell beruhe die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags auf dem erklärten Willen, „denn es ist unmöglich, etwas zugleich zu wollen und nicht zu wollen, und da alles Wollen sich auf die Zukunft bezieht, so erkennt der vertragschließende Wille durch den Akt des Vertragsschlusses sich für die Zukunft als gebunden an“<sup>4)</sup>. Denn es ist durchaus möglich, seinen erklärten Willen sofort nach der erfolgten Erklärung zu ändern. Wie rechtfertigt sich dann die Bindung?

1) a. a. O. S. 249.

2) System, S. 223.

3) a. a. O. S. 250.

4) Staatenverträge, S. 57.

## § 49.

## Geltung des Völkerrechts für den neu entstandenen Staat.

Die so vielfach durchlöchernte Anerkennungstheorie, die das Prinzip einer subjektiven Geltung im Völkerrecht aufstellt, muß auch bei der Frage fallen gelassen werden, in welcher Weise das Völkerrecht für einen neu entstandenen Staat in Geltung tritt. Es ist sehr charakteristisch, daß ein Vertreter der auf die Selbstverpflichtungslehre gestützten Anschauung vom Primat der staatlichen Rechtsordnung wie JELLINEK zu der bereits hervorgehobenen Behauptung gedrängt wird, der neue Staat sei auch ohne seine Zustimmung an das Völkerrecht gebunden, „denn was einmal als gemeinsame Rechtsüberzeugung ausgesprochen ist, tritt nun allen Mitgliedern der Staatengemeinschaft als gültige Norm entgegen, von welcher der Rücktritt nicht gestattet ist, und die auch alle künftigen Mitglieder bindet“<sup>1)</sup>. Das bedeutet einen offenen Widerspruch zu dem Grundsatz, daß der Staat nur durch seinen eigenen Willen gebunden werden könne, und ist mit der Vorstellung des Völkerrechtes als eines Bestandteils der staatlichen Rechtsordnung, als äußeren Staatsrechts unvereinbar. Allerdings finden sich bei JELLINEK auch sonst solche Widersprüche nicht selten. Der seine Grundkonstruktion verleugnende Primat der Völkerrechtsordnung zeigt sich in der von ihm gelegentlich vertretenen Anschauung, daß der Inhalt des Völkerrechts, dem sich die Staaten „unterwerfen“, durch die „unwandelbare Natur“ der internationalen Lebensverhältnisse, nicht durch die Willkür der Staaten bestimmt sei<sup>2)</sup>, daß im Grunde die Vernunft den Willen der Staaten führe, so daß es — wie BAR<sup>3)</sup> hier gegen JELLINEK bemerkt — den Anschein haben könnte, „als wäre die Differenz gegenüber der Ansicht, welche das Prinzip des Völkerrechts in einer immanenten, zugleich die Entwicklung in sich schließenden Vernunft der internationalen Verhältnisse, in einer höheren auch über den souveränen Staaten waltenden Ordnung erblickt, doch kaum von Bedeutung; der Wille der einzelnen Staaten wäre gewissermaßen nur das Kleid für diese höhere Ordnung“. Nur ein Primat der Völkerrechtsordnung könnte die von JELLINEK vertretene Anschauung rechtfertigen, daß das Völkerrecht alle miteinander in Gemeinschaft stehenden und „koordinierten“<sup>4)</sup> Staaten „umfasse“<sup>5)</sup>, ebenso wie die

---

<sup>1)</sup> System, S. 324.

<sup>2)</sup> Staatenverbindungen, S. 94.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 147.

<sup>4)</sup> Allg. Staatslehre, S. 376.

<sup>5)</sup> Staatenverbindungen, S. 95.

Behauptung, daß jeder Staat, der aus der „unauflöslichen“<sup>1)</sup> Gemeinschaft der Völkerrechtsordnung auszutreten versuchte, seinen Charakter als Staat verlieren würde<sup>2)</sup>; eine Ansicht, die JELLINEK allerdings nicht hinderte, kurz nachher zu behaupten, Natur des Staates sei, „höchste menschliche Organisation“<sup>3)</sup> zu sein.

Wenn SCHOEN in seiner — schon unter einem anderen Gesichtspunkte angezogenen — Polemik gegen JELLINEK die Anerkennungstheorie festhaltend behauptet, der Neustaat werde nur mit seiner Zustimmung an die von ihm vorgefundenen völkerrechtlichen Normen gebunden<sup>4)</sup>, so gelingt ihm dies nur durch die früher angedeutete Fiktion. Schon in seiner Problemstellung ist ja die Existenz eines objektiv gültigen Völkerrechtes zugegeben: der Neustaat „findet“ bei seiner Entstehung völkerrechtliche Normen, noch bevor er sie anerkannt hat, „vor“. Die Existenz des Völkerrechts wird vor der Existenz des Neustaates, d. h. aber: die Geltung des Völkerrechts unabhängig von der Zustimmung des Neustaates angenommen. Von einem die Entstehung des Neustaates erfassenden Standpunkt aus zugleich auch die Geltung des Völkerrechtes behaupten, heißt notwendig: diese Geltung für den Neustaat behaupten. Ein für den Neustaat nicht oder noch nicht geltendes Völkerrecht wäre von diesem Standpunkte aus nicht (oder noch nicht) vorhanden. Juristisch ist Geltung und Existenz identisch; nur in der Geltung besteht die Existenz. Die Behauptung, daß der Neustaat das Völkerrecht vorfinde, ist juristisch gleichbedeutend mit der Behauptung, daß mit der Entstehung des Neustaates das Völkerrecht für diesen in Geltung trete. Die konsequent durchgeführte Anerkennungstheorie müßte die Behauptung aufstellen, daß das Völkerrecht erst durch den — sehr unzutreffend als «Anerkennung» bezeichneten — Willensakt des Neustaates für diesen existent, d. h. erzeugt wird. Daß die hiezu kompetenten Organe des Neustaates den Inhalt gewisser als „Völkerrecht“ bezeichneter Normen kennen, und daß sohin dem Anerkennungsakt gerade dieser Inhalt gegeben wird, ist eine für die juristische Erkenntnis irrelevante, eine vorrechtliche oder metajuristische Tatsache.

Daß SCHOEN die Geltung des Völkerrechtes für den Neustaat tatsächlich schon vor dessen angeblicher Anerkennung dieses Rechtes voraussetzt, das zeigt sich offenkundig auch darin, daß er von vornherein darauf verzichtet, einen solchen Anerkennungsakt in jedem einzelnen Falle nachzuweisen. Das würde natürlich nur in sehr seltenen Fällen ein Resultat ergeben und zu einer ganz ungeheuer-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 96.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 100.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 102.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 186.

lichen Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete führen. SCHOEN greift zu dem juristischen Aushilfsmittel, das sich stets einstellt, wenn eine Theorie oder ein Grundsatz den Worten nach aufrecht erhalten, der Sache nach aber aufgegeben wird: der Fiktion. „Die Anerkennung einer Norm kann natürlich nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen, und das ist besonders zu beachten bei dem Eintritt neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft. Sucht ein neuer Staat um seine Anerkennung als Staat und Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft nach, so erkennt er damit stillschweigend auch als für sich maßgebend die Rechtsordnung der Völkerrechtsgemeinschaft in gewissem Umfange an...“<sup>1)</sup>). Das Schulbeispiel einer unzulässigen Fiktion! Welcher Tatbestand liegt voraussetzungsgemäß vor? Ein neuer Staat sucht um seine Anerkennung bei den anderen Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft nach. Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft ist, ob ein solches Ansuchen um Anerkennung seitens der anderen Staaten wesentlich sei für die Zugehörigkeit zum Völkerrecht, und ob nicht auch ohne solches Ansuchen die Geltung der Völkerrechtsordnung auf den neuen Staat ausgedehnt wird, liegt doch in einem solchen Ansuchen um Anerkennung nichts anderes als der Wunsch, daß die alten Staaten den Neustaat in einer bestimmten Weise — nämlich nach den Normen des Völkerrechts — behandeln mögen. Daß der Neustaat sich seinerseits nach diesen Normen verhalten werde, dieses Versprechen gehört nicht wesentlich zu dem Inhalt des Anerkennungsgesuches. Wäre dies der Fall, dann müßte ja nicht von einer „stillschweigenden“ Anerkennung des Völkerrechtes durch den Neustaat gesprochen werden. Der Neustaat kann sich „stillschweigend“ vorbehalten, sein Verhalten ausschließlich nach seinem Interesse und nicht grundsätzlich nach dem Völkerrecht einzurichten; es läge dennoch ein korrektes Ansuchen um Anerkennung vor, und die daraufhin erteilte Anerkennung wäre zweifellos gültig. Ebenso zweifellos wäre allerdings der Vorbehalt ungültig. Aber nicht deshalb, weil er faktisch nicht gemacht wurde oder gar weil eine „stillschweigende“ Anerkennung des Völkerrechts erfolgt wäre — faktisch ist der Vorbehalt der Nichtanerkennung gemacht worden — sondern weil es eben auf die Anerkennung oder Nichtanerkennung des Völkerrechts durch den Neustaat gar nicht ankommt, weil die Geltung des Völkerrechts von der Anerkennung der Staaten ebenso unabhängig ist wie die Geltung der staatlichen Rechtsordnung von der Anerkennung der Untertanen. Auch die Geltung des innerstaatlichen Rechtes hat man ja in Fortsetzung der

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 300.

naturrechtlichen Vertragstheorie auf die „Anerkennung“ der Rechtsunterworfenen zu begründen versucht und hat, da man die objektive Geltung auch des innerstaatlichen Rechtes, ohne das Wesen des Rechtes überhaupt zu opfern, nicht aufgeben konnte, zu der gleichen Fiktion der „stillschweigenden“, der „indirekten“ oder „unbewußten“ Anerkennung gegriffen, wie in der Theorie des Völkerrechtes, zumal wenn es galt, die Anerkennung der in die Rechtsordnung neu hinein Geborenen nachzuweisen. jener Subjekte also, die bei ihrer Entstehung die Rechtsordnung bereits „vorfinden“<sup>1)</sup>. Auf dem Gebiete der innerstaatlichen Rechtstheorie darf diese Anerkennungs-fiktion als erledigt angesehen werden. Für das Völkerrecht kann sie nur insofern aufrecht erhalten werden, als mit der „Anerkennung“ des Völkerrechtes durch den Einzelstaat in einem Bilde der Gedanke des Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, der Grundsatz ihrer universalen und ausschließlichen Geltung, ihrer Souveränität behauptet wird. Sie ist in demselben Augenblicke hinfällig, da man sich auf den Standpunkt eines Primates des eine Vielheit koordinierter Einzelstaaten umfassenden Völkerrechtes stellt.

Die Normen des allgemeinen Völkerrechtes gelten nicht nur für den neuen, in die Völkerrechtsgemeinschaft eintretenden Staat ohne die vorherige Anerkennung seitens des letzteren, sondern es gelten auch spezielle Völkerrechtssätze für einen Staat, der in die durch diese Rechtssätze geregelten Verhältnisse eintritt, ohne daß er bisher überhaupt einen Anlaß gehabt hätte, diese Normen anzuerkennen. „So werden die gemeinen Regeln des Seerechtes für einen Binnenstaat verbindlich, sobald er eine Küste erwirbt und an dem Seeverkehr teilnimmt.“ Dies anerkennt sogar HEILBORN<sup>2)</sup>, trotzdem er den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung ziemlich energisch betont und den Grundsatz vertritt: „Aus der Natur der Völkerrechtsquellen ergibt sich, daß der einzelne Rechtssatz zunächst (!) nur für diejenigen Staaten gilt, welche ihn im Wege der Gewohnheit oder Vereinbarung geschaffen haben“<sup>3)</sup>. Allerdings behauptet er auch die Existenz eines gemeinen neben einem partikularen Völkerrecht, obgleich er der Behauptung TRIEPELS<sup>4)</sup>, „daß eine Vereinbarung nicht nachzuweisen sei, bei der sich sämtliche Staaten beteiligt hatten“, grundsätzlich nicht widerspricht<sup>5)</sup>. TRIEPEL lehnt konsequent dem Dogma, daß der Staat nur seinem eigenen Willen unterworfen sei, ein allgemeines Völkerrecht ab. HEILBORN versucht die den Primat des Völkerrechtes voraussetzende Geltung von „allgemeinen“ Rechts-

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 346 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 57, 58.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 51.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 83, 84.

<sup>5)</sup> HEILBORN a. a. O. S. 57.

normen auf dem Wege einer Fiktion zu erweisen, die die einzelstaatliche Souveränität retten soll. „In dem seiner Natur nach immer begrenzten Staatenkreise erkennt ein jeder die übrigen als Rechtsgenossen, als unabhängige völkerrechtliche Personen an; das schließt ein die Zuerkennung gewisser Eigenschaften und Fähigkeiten, sowie bestimmter Rechte, nämlich die prinzipielle Gleichheit, die Fähigkeit zur Vertragsschließung, zur Bestellung von Organen, zur Ergreifung der Selbsthilfe, weiter: Rechte in bezug auf Gebiet und Untertanen. Zu verweisen wäre ferner auf gewisse Normen des Vertragsschließungs-, Gesandtschafts-, Konsular- und Schiffsrechts, ohne daß damit die Liste erschöpft sein sollte. Diese gemeinen Normen sind zugleich allgemeine und notwendige Voraussetzungen eines geregelten dauernden Verkehrs. Wer an diesem Verkehr teilzunehmen begehrt, dem gegenüber gilt die Vermutung, daß er die entsprechenden Normen anerkennt“<sup>1)</sup>. Diese „Vermutung“ ist die gleiche unzulässige, weil die reinen rechtslogischen Relationen verdunkelnde Fiktion, die schon oben gekennzeichnet wurde. Zieht man sie ab, enthüllt sich das Völkerrecht in der Vorstellung der meisten Juristen als ein System objektiver, von dem Willen der subordinierten (und in dieser Rechtsunterworfenheit gleichgeordneten) Staaten unabhängiger Rechtsnormen, in dem auch das sog. „partikulare“ Völkerrecht, sofern es eben durch rechtsgeschäftliche Willensakte einzelner Staaten (Vertrag, Vereinbarung) nur für diese gesetzt, auf dem Vertragsrechtssatz des allgemeinen Völkerrechts beruht, logisch eingeschlossen ist.

### § 50.

#### Die Anerkennung des Neustaates.

Von der Anerkennung durch den Einzelstaat als dem Geltungsgrund des Völkerrechts ist zu unterscheiden die Anerkennung des Neustaates durch die Völkerrechtsgemeinschaft als Geltungsgrund des Neustaates. Nach einer allgemein verbreiteten Anschauung bedarf nämlich der neuentstandene Staat, um Subjekt der Völkerrechtsgemeinschaft, d. h. Subjekt völkerrechtlicher Pflichten und Rechte zu werden, der Anerkennung durch die Altstaaten.

Diese Anerkennungstheorie, die die völkerrechtliche Existenz des Einzelstaates begründen soll, muß zunächst als im Widerspruch stehend zu jener andern erkannt werden, die den Geltungsgrund des Völkerrechts aufzeigen will. Denn wenn das Völkerrecht seinen Grund im Willen des Einzelstaates hat, kann der Einzelstaat seinen

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 57.

Grund nicht im Willen des Völkerrechts haben. Und als Anerkennung seitens der Völkerrechtsordnung könnte ja die durch die Organe dieser Ordnung oder Gemeinschaft vermittelte Anerkennung des Neustaates gedeutet werden; muß sie sogar gedeutet werden, sofern sie überhaupt als wesentlich und notwendig und sofern eine Völkerrechtsgemeinschaft koordinierter Staaten, also ein Primat der Völkerrechtsordnung vorausgesetzt ist. Indes wäre auch eine andere Deutung möglich, die beide Anerkennungstheorien vereinbar erscheinen ließe: vom Standpunkte eines Primates der eigenen staatlichen Rechtsordnung nämlich. Ist die eigene staatliche Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt und so zum Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion gemacht, dann kann ebenso wie das Völkerrecht auch eine andere staatliche Rechtsordnung nur kraft „Anerkennung“ durch den „Willen“ des eigenen Staates gelten. Welcher Transformation dabei das Völkerrecht ebenso wie die andere staatliche Rechtsordnung unterzogen wird, ist im vorhergehenden Abschnitt dargestellt worden. Da mit einer solchen Anerkennung des Neustaates nicht eigentlich die parallelen Willensakte koordinierter, die Völkerrechtsgemeinschaft bildender Gemeinwesen, sondern nur der Willensakt des einzig souveränen und dauernd übergeordneten eigenen Staates gemeint ist, dürfte diese Deutung kaum in Betracht kommen, wenn in der modernen Völkerrechtstheorie die Entstehung von Neustaaten behandelt wird; obgleich ähnliche Vorstellungen dabei keineswegs ganz ausgeschlossen sein dürften, zumal die ganze Lehre von der Anerkennung des Neustaates mehr vom Standpunkt und im Interesse der Altstaaten und insbesondere, wenn auch unbewußt, des eigenen Altstaates entwickelt wird.

Stellt man sich auf den Standpunkt einer Völkerrechtsgemeinschaft koordinierter Staaten, mithin auf den Standpunkt eines Primates der die Gemeinschaft konstituierenden Völkerrechtsordnung, dann erweist sich die „Anerkennung“ des Neustaates, d. h. die Delegation der neuen staatlichen Rechtsordnung, ihre Aufnahme in das Universalsystem des alle Einzelrechtsordnungen umfassenden Völkerrechtes, die Herstellung eines Einheitsbezuges zwischen dem alten und dem neu hinzutretenden System als eine unvermeidliche rechtslogische Notwendigkeit.

Dabei ist es jedoch von vornherein keineswegs ausgemacht, daß die Aufnahme des Neustaates in die Völkerrechtsgemeinschaft oder, mit andern Worten und ohne die veranschaulichenden Personifikationen ausgedrückt, die Rezeption der neuen Teilrechtsordnung in die Universalrechtsordnung durch übereinstimmende Willensakte der Altstaaten — als der Organe der Völkerrechtsgemeinschaft — erfolgen

muß. Eine positiv-rechtliche Vorschrift ist jedenfalls nicht nachzuweisen. Vielmehr muß angenommen werden — und wird tatsächlich ganz allgemein angenommen — daß der Neustaat, sobald er nur „als Staat“ existent ist, zumindest gewisse völkerrechtliche Pflichten und Rechte habe. Schon daß er eine völkerrechtliche Willenserklärung, nämlich das Ansuchen um Anerkennung abgeben und die Anerkennungserklärung der andern empfangen kann, setzt voraus, daß er völkerrechtliche Persönlichkeit (im üblichen Sinne dieses Begriffes) bereits habe. Allein der Neustaat hat, wie allgemein angenommen wird, sogar ein Recht auf Anerkennung, wenn er gewisse Bedingungen erfüllt; die Altstaaten sind in diesem Falle dem Neustaat gegenüber zur Erteilung der Anerkennung verpflichtet. „Verweigerung der Anerkennung berechtigt als Unfreundlichkeit zur Retorsion“ sagt z. B. LISZT<sup>1)</sup>, obgleich er die These vertritt: „Ein Staat, der neu entstanden ist oder bisher der Völkerrechtsgemeinschaft noch nicht angehört hat, bedarf, um völkerrechtliches Rechtssubjekt zu werden, der Anerkennung durch die übrigen Mächte“<sup>2)</sup>. Wie kann er aber schon vorher Subjekt einer völkerrechtlichen Berechtigung sein? Daß aber der nicht anerkannte Neustaat auch völkerrechtliche Pflichten habe, kann man gewiß nicht leugnen, so die Pflicht, völkerrechtswidrige Akte gegen Altstaaten, z. B. gewaltsame Eingriffe in deren Rechtssphäre zu unterlassen.

Wenn auch die „Anerkennung“ des Neustaates nicht durch individuelle Willenserklärung der Altstaaten erfolgen muß, so ist sie doch, wie bereits früher bemerkt, gerade vom Standpunkt eines Primates des Völkerrechtes nicht überhaupt überflüssig. Nur daß sie eben generell, nämlich durch einen Rechtssatz des Völkerrechts erfolgt, der bestimmt, unter welchen Bedingungen ein Staat als solcher völkerrechtlich existent, d. h. Subjekt völkerrechtlicher Pflichten und Rechte ist. Ein solcher Rechtssatz muß als Bestandteil des Völkerrechts angenommen werden, da aus jedem Normsystem selbst beantwortet werden muß, welches die Subjekte seiner Pflichten und Rechte sind; es handelt sich dabei um ein wesentliches Moment, ohne das der Inhalt seiner Normen — im vorliegenden Falle: wessen Handeln eigentlich den Inhalt der Völkerrechtssätze bildet? — nicht hinreichend bestimmt werden könnte. Ebenso muß die innerstaatliche Rechtsordnung genau bestimmen, wer Subjekt ihrer Pflichten und Rechte sei, wessen Handeln den Inhalt ihrer Normen bilde. Daß sie dies nicht in der Aufstellung einer positiven Regel: der Mensch vom Augenblick seiner Geburt bis zum Augenblick seines Todes,

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 47.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 46.



sondern in der Feststellung negativer Ausnahmen: Geisteskranke, Kinder usw. tut, weil sie die positive Regel als selbstverständlich stillschweigend voraussetzt, ist eine rechtstechnische Nebensächlichkeit, die gerade mit Rücksicht darauf für das Völkerrecht belanglos ist, daß dieses als ganzes ein ungeschriebenes Recht ist. Tatsächlich enthalten die Darstellungen des Völkerrechtes eine Beantwortung der Frage, wann vom völkerrechtlichen Standpunkt ein Staat als gegeben zu betrachten sei. Als typisch hiefür seien die bezüglichen Lehrmeinungen LISZTs angeführt. Er stellt die These auf — und will damit offenbar eine völkerrechtliche Wahrheit behaupten: „Staat im Sinne des Völkerrechts ist die selbstherrliche Gebietskörperschaft; d. h. die auf einem bestimmten Gebiete angesiedelte, durch eine selbständige und unabhängige Herrschergewalt zusammengefaßte, menschliche Gemeinschaft“<sup>1)</sup>. Die Richtigkeit der Staatsbegriffsbestimmung kann hier dahingestellt bleiben. Wesentlich ist, daß damit ein Staat „im Sinne des Völkerrechts“ bestimmt werden soll. Ein Völkerrecht wäre nämlich schlechterdings unmöglich, ohne daß es selbst bestimmte, was ein Staat sei. „Ein Staat im Sinne des Völkerrechts“, das ist eben die völkerrechtliche Bestimmung des Staates.

Darin, daß das Völkerrecht von sich aus bestimmt, was ein Staat sei, oder: wann ein Staat in die Sphäre des Völkerrechts, in die Ebene völkerrechtlicher Erkenntnis eintritt, liegt auch die generelle, ein für allemal erfolgende „Anerkennung“ von Neustaaten. Liegt der von der Völkerrechtsnorm umschriebene Tatbestand vor, dann ist für die Völkerrechtsbetrachtung ein Staat in ihrem Sinne, ein Subjekt der Pflichten und Rechte des Völkerrechts existent. Die Begriffsmerkmale des zitierten Völkerrechtssatzes sind die Bedingungen, unter denen ein Gemeinwesen als Staat im Völkerrechtssinn, d. h. als Subjekt des Völkerrechts „anerkannt“, nämlich von der Völkerrechtsordnung oder der Völkerrechtsgemeinschaft „anerkannt“ ist. Eine weitere „Anerkennung“ durch Willenserklärungen der Altstaaten hat demgegenüber nur deklaratorische, d. h. juristisch gar keine Bedeutung<sup>2)</sup>. Ob sie aus Gründen der Verkehrssicherheit usw. dennoch wünschenswert ist, kann hier außer Frage bleiben.

Etwas anderes wäre es natürlich, wenn sich ein positiver Völkerrechtssatz erweisen ließe, demzufolge ein Staat im Sinne des Völkerrechts und mithin ein Subjekt der Völkerrechtsgemeinschaft erst

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 43.

<sup>2)</sup> Vgl. über den angeblichen Unterschied von konstitutiven und deklarativen Rechtsakten: WEYR, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten. Oesterr. Zeitschr. für öffentl. Recht, 1917.

nach erfolgter „Anerkennung“ durch die Altstaaten existent wäre. Dann hätte die Anerkennung konstitutive Bedeutung, sie wäre das obligate Verfahren, in dem der Neustaat juristisch „erzeugt“, oder — in der etwas ungenauen Terminologie der herrschenden Lehre gesprochen — in die Völkerrechtsgemeinschaft aufgenommen würde<sup>1)</sup>.

Die bisherige Theorie des Völkerrechts befaßt sich ausschließlich mit der Frage, ob die Anerkennung des Neustaates durch individuelle Willensakte der Altstaaten konstitutiv oder deklaratorisch sei. Daß auch eine generelle „Anerkennung“ durch Rechtssatz möglich ist, wird mangels Einsicht in die rechtslogische Bedeutung der „Anerkennung“ übersehen. Hinsichtlich der ersteren Frage ist die Theorie geteilt. Die Anschauung jener, die für den konstitutiven Charakter der Anerkennung sind, faßt HEILBORN folgendermaßen zusammen: „Die Entstehung eines neuen Staates ist eine Tatsache,

<sup>1)</sup> So SANDER in seiner Abhandlung: Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Er geht von der Grundanschauung aus, daß alles Recht erst im Prozesse „erzeugt“ werde. „Das Verfahren (der Prozeß) als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion, wird zur Grundfunktion der rechtlichen Dynamik. Aber diese Grundfunktion durchwaltet das ganze Rechtssystem. In stufenförmig über- und untergeordneten Verfahren wird das ganze Rechtssystem erzeugt. Im Verfahren der Verfassungsgesetzgebung gelangen die Verfassungsgesetze zur Erzeugung, im einfachen Gesetzgebungsverfahren die einfachen Gesetze, im Prozeßverfahren die Urteile (Beschlüsse, Verfügungen usw.), im Vollstreckungsverfahren der Vollstreckungsbeschluß, in einem weiteren Verfahren die Vollstreckungshandlung. Der ganze Rechtsinhalt gelangt in stufenförmig übereinander gelagerten, kontinuierlich fortschreitenden Verfahren zur Erzeugung. Jedes Verfahren erzeugt eine Rechtssatzform (Verfassungsgesetz, einfaches Gesetz, Verordnung, Urteil, Beschluß usw.), deren jede Tatbestandsfunktion höher gelagerter Rechtssatzformen ist. Jede erzeugte Rechtssatzform wird wieder ihrerseits „Gesetz“, „Regel“ eines Verfahrens niedriger Stufe. Die im Verfassungsgesetzgebungsverfahren erzeugten Verfassungsgesetze sind Erzeugungsregel des Verfahrens der einfachen Gesetzgebung, die einfachen Gesetze Erzeugungsregel der Urteile usw. . . .“ SANDER nimmt an, daß die vorprozessualen Tatbestände außerhalb des Systems der reinen Rechtswissenschaft bleiben. In der völkerrechtlichen Anerkennung sieht er das Verfahren, in dem der Einzelstaat, d. h. die Verfassung erzeugt wird. Natürlich steht SANDER auf dem Standpunkt eines Primates des Völkerrechts. Eine vom Primate der staatlichen Rechtsordnung ausgehende Konstruktion scheint er für indiskutabel zu halten. „Die reine Rechtswissenschaft löst das Völkerrecht aus seiner bisherigen Isolierung und stellt es als höchste Stufe in das Weltrechtssystem ein. Die Idee des Staates, d. h. die Aufgabe der Totalität des Rechtssystems treibt die reine Rechtswissenschaft vom empirisch Bedingten zum empirisch Bedingenden, dem nie erreichbaren Unbedingten entgegen, aufzusteigen «solange es angeht» (Kant). Damit gelangt sie über die einzelnen Staatsrechtssysteme hinaus zu deren Bedingung, dem Völkerrecht, in dem alles Staatsrecht eingewurzelt ist.“ A. a. O. S. 149 ff., 156 ff.

welcher viele Autoren bis zur Anerkennung rechtliche Bedeutung absprechen; der noch nicht anerkannte Staat sei für die Altstaaten noch kein Rechtssubjekt; er werde es erst durch die Anerkennung. Diese verleihe ihm völkerrechtliche Persönlichkeit gegenüber den Altstaaten. Da aber die Altstaaten dem Neustaat nicht übergeordnet sind, so können sie ihm die Anerkennung nicht aufzwingen, sondern er muß damit einverstanden sein, d. h. seinerseits die Altstaaten anerkennen. Von diesem Standpunkt handelt es sich um eine konstitutive Vereinbarung<sup>1)</sup>. HEILBORN lehnt diese Theorie zwar zunächst mit Rücksicht auf gewisse praktische Konsequenzen ab<sup>2)</sup>, hält sie jedoch — er vertrat sie ursprünglich selbst — für „logisch unanfechtbar, wenn man das Recht auf den freien Willen der Rechtssubjekte gründet“<sup>3)</sup>. Ganz abgesehen davon, daß man das Recht eben nicht auf den freien Willen der Rechtssubjekte gründen kann: Gerade vom Standpunkt einer subjektiven Geltung des Völkerrechts ist diese Theorie nichts weniger als logisch unanfechtbar. Sie will die Geltung des Völkerrechts auf den Willen des Neustaates gründen und zugleich dem Neustaat erst durch das Völkerrecht einen „Willen“ im Rechtssinne verleihen lassen. Daher der Widerspruch, daß der Neustaat vor der Anerkennung juristisch überhaupt noch nicht existiert und doch einen rechtlich relevanten Willen haben muß, dem derjenige der Altstaaten nicht „aufgezwungen“ werden kann, einen Willen, d. h. eine Rechtspersönlichkeit, die dem der Altstaaten nicht untergeordnet, sondern — offenbar — gleichgeordnet ist, einen Rechtswillen, der die Anerkennung seitens der Altstaaten annehmen und seinerseits die Altstaaten „anerkennen“ muß. Logisch anfechtbar ist auch die fiktive Identifizierung des die Anerkennungs-erklärung der Altstaaten annehmenden Willens des Neustaates mit dessen Anerkennung der Altstaaten.

Wenn HEILBORN sich für die bloß deklaratorische Bedeutung der Anerkennung des Neustaates entscheidet, so versucht er auch theoretische Gründe dafür vorzubringen, wenigstens soweit es sich um eine Staatsbildung auf altem Völkerrechtsgebiet handelt. „Eben-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 58, 59.

<sup>2)</sup> „Die Untertanen des einen Teils könnten in dem kritischen Zeitraum von dem andern erlaubterweise vergewaltigt werden; dem letzteren gegenüber wären sie mit der Entstehung des Neustaates rechtlos geworden; ferner wäre eine gewaltsame Aktion des Altstaates gegen das Gebiet des nicht anerkannten Neustaates rechtlich indifferent. Diese mißlichen Folgerungen verlieren ihre Bedeutung nicht durch den Hinweis darauf, daß auch Ausländer ohne Staatsangehörigkeit in einem Kulturstaat tatsächlich Rechtsschutz genießen“ a. a. O. S. 59.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 59.

sowenig wie für einen Menschen gibt es für den Neustaat nur das Recht, das mit ihm geboren ist. Durch seine Entstehung auf altem Völkerrechtsgebiet tritt er in einen historisch bedingten Zustand ein. Die Negierung des Völkerrechts kann ihm schon um dessentwillen nicht freistehen, weil sein Volk völkerrechtlich gebunden ist. Nicht als ob damit das Volk oder der einzelne Mensch als Subjekt der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten hingestellt werden sollte. Aber er hat bisher im alten Staat am völkerrechtlichen Verkehr teilgenommen und kann sich um der neuen Staatsgründung willen von ihm nicht lossagen. Das Volk kann dies ebensowenig wie ein anerkannter Staat es kann. Also können auch die Altstaaten dem Neustaat die völkerrechtliche Persönlichkeit nicht „absprechen“<sup>1)</sup>. Also: das „Volk“ des Neustaates ist zwar — da nicht Völkerrechtssubjekt — durch das Völkerrecht nicht verpflichtet, aber es kann sich von dem Völkerrecht nicht „lossagen“. Das „Volk“ ist zwar keineswegs identisch mit dem Neustaat; daher ist der Neustaat durch das Völkerrecht verpflichtet und ergo völkerrechtliche Persönlichkeit auch ohne Anerkennung durch die Altstaaten. Denn diese können ihm die Persönlichkeit offenbar nur deshalb nicht absprechen, weil er sie unabhängig von ihnen hat.

Solche Argumentationen sind nicht allzuselten. Sie sind nur Symptome für das Fehlen jeder logischen Grundlage der juristischen Theorie. Bedeutet es aber nicht den ausdrücklichen Verzicht auf diese, wenn HEILBORN — auch in diesem Punkte nur den Ausdruck einer Grundstimmung der heutigen Rechtswissenschaft formulierend — in seinem eine theoretische Grundlegung der Völkerrechtswissenschaft beabsichtigenden Werke die von ihm vertretene Anschauung schließlich folgendermaßen begründet: „Nicht ohne schwere Bedenken habe ich die früher vertretene Lehre von der konstitutiven Kraft der Anerkennung aufgegeben, und ich bin mir bewußt, daß die im Text vorgetragene Auffassung sich nicht bis in jede Konsequenz hinein festhalten läßt. Man denke an einen Zerfall des chinesischen Reiches in mehrere neue Staaten. Ist aber das Völkerrecht um jeden Preis konsequent?“<sup>2)</sup>. Es ist nicht einzusehen, welcher theoretische Grund im Wege steht, der Anerkennung der aus dem eventuellen Zerfall Chinas entstehenden Staaten nur deklaratorische Wirkung zuzusprechen. Aber vielleicht stehen praktisch-politische Bedenken dagegen? Gesetzt dies sei für den einen oder andern Staat — der an der Existenz des ungeteilten China interessiert ist — der Fall. Was hat dies mit der „Lehre“ zu tun, die in den „Grundbegriffen des Völkerrechts“ über die Entstehung von Neustaaten vorgetragen wird?

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 60.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 61, Anm.

Warum darf diese nicht konsequent sein? Es ist eine unauffällige, wenn auch nicht unwesentliche Verschiebung des Problems, wenn die Frage aufgeworfen und stillschweigend verneint wird, ob das „Völkerrecht“ um jeden Preis konsequent sein müsse. Das „Völkerrecht“ ist hier die Völkerrechtswissenschaft, die vor die Frage gestellt ist, ob sie eine Theorie, die sie aufgestellt hat, weil sie sie für wahr hält, ohne Rücksicht auf politische Vor- oder Nachteile für den einen oder andern Staat aufrechterhalten oder, wenn es dem betreffenden Theoretiker nicht paßt, fallen lassen darf. Die Antwort, die HELBORN — im Geiste der heutigen Völkerrechtswissenschaft — erteilt, ist das Todesurteil über die „Wissenschaft“, die heutige Wissenschaft vom Völkerrecht.

Es ist der durchaus mißglückte Versuch eines Mittelweges, den LISZT in der Frage der Anerkennung des Neustaaes einschlägt, wenn er — nachdem er den Staat als eine „im Sinne des Völkerrechtes“ existente Wesenheit bestimmt hat — erklärt: „Nicht sein Dasein als Staat, sondern sein Eintritt in die Völkerrechtsgemeinschaft ist durch die Anerkennung bedingt“<sup>1)</sup>. Bis zu seiner Anerkennung wäre der Staat zwar „als solcher“ existent, es fehlte ihm aber die völkerrechtliche Persönlichkeit. Daß LISZT diesem persönlichkeitslosen Staat einen „Anspruch“ auf Anerkennung zubilligt, ebenso wie eine „Berechtigung“ zur Retorsion wegen rechtswidriger Verweigerung der Anerkennung, ist hier nebensächlich. Wesentlich, daß „Staat im Sinne des Völkerrechts“ und „völkerrechtliche Persönlichkeit“, d. h. eben Subjekt des Völkerrechts identisch ist; das „Dasein als Staat“ ist — soferne es eben vom Standpunkte der Völkerrechtswissenschaft überhaupt behauptet werden kann — identisch mit dem Dasein in der Völkerrechtsgemeinschaft. Eine bloß faktische Existenz als Staat bedeutete nicht einen Staat im Sinne des Völkerrechts. Ein solcher „Staat“ wäre ebensowenig ein Staat im Rechtssinn, d. h. etwas wovon man juristisch, also in einem Lehrbuch des Völkerrechts als von „Staat“ sprechen könnte, wie ein „Sklave“ — also etwas, dessen Bewegungen in keinem Sinne Inhalt von Pflichten oder Rechten sind — ein „Mensch“ im Sinne der innerstaatlichen Rechtsordnung, d. h. eben ein Rechtssubjekt wäre.

### § 51.

Die Entstehung des Staates als Rechtsproblem;  
Kontinuität der Rechts-(Staats-)Ordnung und Revolution.

Indem das Völkerrecht die Bedingungen festsetzt, unter denen ein Staat als entstanden zu gelten hat, wird das Problem der Ent-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 47.

stehung des Staates und dementsprechend auch das des Unterganges zu einem Rechtsproblem erhoben. Auch diese Funktion kann das Völkerrecht nur unter der Voraussetzung seines Primates gegenüber der einzelstaatlichen Rechtsordnung erfüllen. Denn sofern man die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän voraussetzt, muß die Frage nach ihrer ersten Entstehung notwendigerweise außerhalb des Rahmens einer juristischen, d. h. mit der Verfassung bereits als mit einer Hypothese arbeitenden Betrachtung fallen, muß metajuristischer Natur bleiben. So wie innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung die Entstehung einer Teilrechtsordnung, etwa einer Gemeinde oder einer Aktiengesellschaft, eines konkreten Rechtsverhältnisses oder des Systems des Gesetzesrechtes usw. ein Rechtsproblem ist, weil in der übergeordneten Rechtsschichte, der Verfassung z. B., die Bedingungen statuiert sind, unter denen neue generelle oder individuelle Normen hinzutreten können, so ist auch die Entstehung der staatlichen Rechtsordnung oder ihres Ursprungs: der Verfassung, ein Rechtsproblem, sobald die staatliche Rechtsordnung selbst zur Teilrechtsordnung innerhalb eines sie mit anderen Teilrechtsordnungen umfassenden Systemes wird, oder mit anderen Worten: wenn über der staatlichen Rechtsordnung eine höhere Rechtsordnung, über dem staatlichen Gemeinwesen die Völkerrechtsgemeinschaft vorgestellt wird<sup>1)</sup>.

Die zahlreichen immer wieder unternommenen Versuche der Staatsrechtstheorie, die Entstehung des Staates juristisch zu begreifen, den Staat d. h. die Rechtsordnung rechtlich zu begründen, mußten natürlich — als ein Versuch, sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zu ziehen — insolange scheitern, als an dem Dogma von der Souveränität des Staates festgehalten wurde. Daß diese Versuche dennoch immer wieder unternommen wurden, ist zweifellos ein deutliches Symptom für die starke, dem juristischen Denken immanente Tendenz, über die engen Grenzen der einzelstaatlichen Rechtsordnung hinauszugelangen. Nur daß man eben — was die Juristen zu übersehen pflegten — juristisch nicht über die enge Grenze des Staates hinaus kann, ohne ein die Staaten umfassendes, über den Staaten stehendes Weltrecht aufzubauen. Im rechtsleeren Raum gibt es keine juristische Erkenntnis<sup>2)</sup>.

Unter demselben Gesichtspunkt ist das Problem der Identität des Staates bei Aenderung der Verfassung zu beurteilen. Zwei Fälle

<sup>1)</sup> Vgl. dazu die Ausführungen SANDERS a. a. O. S. 156 ff.

<sup>2)</sup> Scheinbar ein selbstverständlicher Satz! Aber von der herrschenden Lehre keineswegs beachtet. So versucht BINDING mit seiner Vereinbarungstheorie allen Ernstes „allgemeine Rechtswahrheiten“ (a. a. O. S. 160) „auf rechtsfreiem Gebiete“ (a. a. O. S. 163) zu gewinnen.

sind grundsätzlich zu unterscheiden: die Verfassung wird unter den von ihr selbst statuierten Bedingungen, d. h. unter Wahrung ihrer eigenen Normen in den von ihr selbst vorgeschriebenen Formen geändert; z. B. eine absolute Monarchie wird durch Gesetz des Monarchen in eine konstitutionelle verwandelt. Die Kontinuität des Rechtes ist auch vom Standpunkt staatsrechtlicher Betrachtung gewahrt, an der Identität der absoluten mit der konstitutionellen Monarchie zu zweifeln kein Anlaß; wenn auch ernstlich bezweifelt werden kann, ob ein solcher Wandel ein vollständiger ist, da ja gerade um die Rechtskontinuität aufrecht zu erhalten, die Ursprungsnorm, die dem Willen des Monarchen rechtsverbindliche Kraft verleiht, weiter in Geltung stehend vorausgesetzt werden muß — sonst entbehrte ja die konstitutionelle Verfassung einer Rechtsgrundlage — und daher die Möglichkeit einer Aufhebung derselben durch den einseitigen Willen des Monarchen offen zu stehen scheint. Doch kann diese Frage hier außer Diskussion bleiben. Der zweite, von dem ersteren prinzipiell verschiedene Fall ist der einer Aenderung der Verfassung auf revolutionärem Wege, d. h. mit einem Bruch der bisherigen Verfassung. Dies ist das entscheidende Kriterium, nicht aber ob die Verfassungsänderung eine mehr oder weniger tiefgreifende ist. Denn in diesem Falle ist vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung und zwar sowohl vom Standpunkt der bisher geltenden als auch der revolutionär entstandenen neuen Verfassung jede Möglichkeit, eine Kontinuität des Rechts herzustellen, ausgeschlossen. Solange der Horizont der einzelstaatlichen Rechtsordnung nicht überschritten, d. h. aber: solange die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt wird, muß man mit den beiden miteinander in keiner rechtlichen Beziehung stehenden Verfassungen juristisch zwei voneinander gänzlich verschiedene Staaten annehmen; das heißt, korrekt ausgedrückt, sich entweder auf den Standpunkt der einen oder der anderen Verfassung, des einen oder des anderen Staates stellen. Keiner von beiden ist für den anderen rechtlich vorhanden; keine bloß staatsrechtliche Konstruktion kann die Kluft überbrücken; auch nicht jene Theorie, die die Identität beider Staaten auf Grund der Annahme behauptet, daß ein Verband derselbe bleibe, wenn dieselben Menschen oder doch ein Teil derselben auf demselben Gebiete oder doch auf einem Teile desselben in zeitlicher Kontinuität die gleichen oder doch zum Teil gleichen Verbandszwecke verfolgen. Denn ganz abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Verbandszwecke — sie können bei den aller- verschiedensten Staaten als dieselben angenommen werden — ist diese ganze Verbandstheorie keine juristische. Sie erkennt voll-

kommen die Bedeutung, die den sogenannten Verbandselementen, Gebiet, Volk und Ordnung im Verhältnis zueinander zukommt. Der Verband wird erst konstituiert durch die Ordnung; Volk und Gebiet sind Inhaltselemente, und bei Verschiedenheit der Ordnung liegt eine Verschiedenheit des Verbandes vor, selbst wenn Volk und Gebiet dasselbe bleiben, während bei Identität der Ordnung die Identität des Verbandes auch dann gewahrt bleibt, wenn Volk und Gebiet sich ändern. Das Element Volk ist ja in der Regel kein konstantes, sondern variables Element, der Wechsel der Generationen rührt nicht an die Identität des Staates. Und auch eine noch so radikale Aenderung des Gebietes würde bei Identität der Ordnung juristisch die Identität des Staates nicht berühren.

Vom Standpunkt der Souveränität des Einzelstaates ist es schlechterdings unmöglich, eine juristische Konstruktion zu finden, um der Forderung der Billigkeit, des primitivsten Rechtsgefühls Rechnung zu tragen, daß der neuentstandene Staat die Verpflichtungen des alten in demselben Maße weitertrage, als es dieselben Menschen sind, die den neuen Staat bilden. Hier droht die juristische Konstruktion zu einer ernstlichen Schranke für die Gerechtigkeit zu werden. Und die Idee der Gerechtigkeit sprengt auch die Fesseln des Souveränitätsdogmas, den engen Horizont der Einzelrechtsordnung, des Einzelstaates. Denn nur der Rekurs zu einer Völkerrechtsordnung, die über den territorial nebeneinander stehenden wie zeitlich aufeinander folgenden Staaten oder Verfassungen sich erhebt, bringt die gesuchte Lösung des Problems, schlägt auch über den Abgrund, den die Revolution zwischen zwei Verfassungen legt, die Brücke des Rechtes. Es ist ein unbestrittener Völkerrechtssatz, daß die Identität der Staatspersönlichkeit auch durch revolutionäre Verfassungsänderungen nicht berührt wird, und daß daher die völkerrechtlichen Verpflichtungen mit der Identität des Pflichtsubjektes grundsätzlich bestehen bleiben; wenn auch ihr Ausmaß entsprechend der inhaltlichen Veränderung des Subjektes, insbesondere mit Rücksicht auf die Aenderung seines Umfangs Modifikationen erfahren kann. Die Verfassung des Einzelstaates kann ihrem Wesen nach, kann, wenn sie sich selbst nicht aufheben will, eine solche Bestimmung nicht enthalten. Wie ja auch ein Vertrag, die ein spezielles Verhältnis regelnde Teilordnung, den Fall des Vertragsbruches nicht regeln kann. Wäre etwa für den Fall der Nichtleistung des ursprünglich Vereinbarten eine Ersatzleistung statuiert, so wäre die Nichtleistung des ursprünglich Vereinbarten nicht mehr Vertragsbruch, sondern es wäre eine Alternativverpflichtung begründet. Die auf den Rechtsbruch gesetzte Exekution muß in der über



der Schichte der Privatautonomie stehenden Sphäre des Gesetzesrechtes statuiert sein. So kann auch der Verfassungsbruch nicht in der Verfassung selbst, sondern nur in einer über der Verfassung vorausgesetzten Rechtsordnung, dem Völkerrecht, geregelt sein.

Nun darf der hier in Betracht kommende Völkerrechtssatz keineswegs in jener lediglich negativen Form gedacht werden, in der er für gewöhnlich dargestellt wird. Das Völkerrecht muß positive Kriterien dafür angeben, wann ein Staat — trotz revolutionärer Veränderung — noch derselbe bleibt. Und da scheint der Sinn der allgemeinen Rechtsüberzeugung, die im Völkerrecht ihren Niederschlag gefunden hat, der zu sein, daß eine gewisse faktische Kontinuität des Volkes, d. h. derjenigen Menschen und ihrer Nachkommen, deren Handeln den Inhalt der jeweiligen staatlichen Ordnung bildet, und des Gebietes, für welches diese Ordnung Geltung beansprucht, die Identität der beiden von einem formalen, nämlich von ihrem eigenen, immanenten Standpunkt aus diskontinuierlichen Ordnungen gewährleistet. Kraft eines höheren formalen Rechtsprinzips wird die Identität des faktischen Inhalts entscheidend für die Identität niederer Rechtsformen. In diesem Gewande kann also die früher abgelehnte „Verbandstheorie“ oder doch ein ganz ähnlicher Gedanke akzeptiert werden: nämlich als Inhalt eines Rechtssatzes, der einer höheren Schichte angehört als die Ordnungen, deren Identität in Frage steht. Nur wer den Sinn normativer Betrachtung nicht erfaßt, wer nicht daran festhält, daß es hier auf juristische Erkenntnis ankommt, dem mag unwesentlich erscheinen, ob ein Gedanke als Inhalt einer Norm auftritt oder nicht. Allein wer in dem Gestrüpp rechtswissenschaftlicher Untersuchungen den Weg der korrekten Methode nicht verlieren will, der muß jenem Kompaß folgen, dessen Nadel unentwegt in der Richtung der Norm weist. Das ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit; und eben darum, könnte man meinen, wäre es kein Fehler, das Selbstverständliche, den Bezug jeden Gedankeninhalts auf eine Rechtsnorm unausgesprochen vorauszusetzen. Nur weil es sich eben in der heutigen Rechtswissenschaft noch keineswegs um Selbstverständlichkeiten handelt, wird hier stärker betont, was bei einer geklärteren methodologischen Grundsituation keiner besonderen Erwähnung bedürfte.

Es ist die faktische Kontinuität der den Inhalt der staatlichen Rechtsordnung bildenden, auf einem und demselben Gebiete ansässigen Menschen, die das Völkerrecht als entscheidendes Kriterium für die Identität der Staatsperson aufgenommen hat. Und

dieses Moment der Faktizität wird auch sonst in der Sphäre des Völkerrechts zu einem Rechtsprinzip erhoben. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Völkerrechts, daß auch eine ursprünglich durch Rechtsbruch — Rechtsbruch vom Standpunkt des isolierten Staatsrechts — erworbene Regierung rechtmäßig — vom Standpunkt des Völkerrechts rechtmäßig — werden kann, „wenn sie im Staate dauernd Bestand gewinnt und allgemeine Anerkennung findet“<sup>1)</sup>. In der Frage, wer einen Staat nach außen zu vertreten habe, begnügt sich das Völkerrecht nicht damit, auf die staatliche Rechtsordnung zu verweisen, sondern normiert, daß nur dasjenige verfassungsmäßige Organ das völkerrechtliche Repräsentationsrecht auszuüben habe, das als „wirkliche Staatsregierung“ über eine gewisse Macht tatsächlich verfügt (*qui actu regit*)<sup>2)</sup>. BLUNTSCHLI formuliert des weiteren folgende Rechtssätze: „Wer in einem Lande die Regierungsgewalt erwirbt, wird infolgedessen im völkerrechtlichen Verkehr als Organ der Staatspersönlichkeit betrachtet. Mit einem siegreichen und im Lande anerkannten Usurpator können für den Staat verbindliche Verträge abgeschlossen werden. — Wer die Regierungsgewalt verliert, hört infolgedessen auf, der völkerrechtliche Vertreter des Staates zu sein. Mit einem entthronten Fürsten können keine den Staat verbindlichen Verträge abgeschlossen werden“<sup>3)</sup>. Aus all dem geht deutlich hervor, daß unter den Bedingungen, die der bereits oben erwähnte Völkerrechtssatz für die Entstehung und völkerrechtliche Existenz eines Staates aufstellt, neben der Geltung einer relativ höchsten, d. h. nur unter dem Völkerrecht stehenden Zwangsordnung menschlichen Verhaltens — vielleicht läßt sich auch die Sefhaftigkeit aus dem Völkerrecht ableiten — ein gewisser Grad von Wirksamkeit dieser Ordnung, von Faktizität vorausgesetzt wird. Nur bei einem Primat des Völkerrechtes könnte eine solche Hypothese juristischen Charakter haben. Und so lieferte diese Hypothese vom Primat des Völkerrechts auch das juristische Kriterium für die Lösung jenes Problems, das im ersten Teile dieser Untersuchungen, wo der rein staatsrechtliche Standpunkt, das heißt: das Dogma der Souveränität des Einzelstaates festgehalten wurde, als metajuristisch erklärt werden mußte: welche Verfassung, welche Ursprungsnorm zur deduktiven Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsordnung, welcher Ausgangspunkt für die juristische Konstruktion zu wählen sei. Was dort als ein mehr oder weniger erkenntnistheoretisches Prinzip an-

<sup>1)</sup> BLUNTSCHLI a. a. O. S. 113/114.

<sup>2)</sup> BLUNTSCHLI a. a. O. S. 113/114.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 113, 114.

gegeben wurde: der Grundsatz, jene Ursprungsnorm zu wählen, aus der sich in deduktiver Entfaltung eine Rechtsordnung ergibt, mit der das tatsächliche Verhalten der Menschen, deren Handeln den Inhalt der Rechtsordnung bildet, in relativ größter Uebereinstimmung steht, das tritt hier — weil zum Inhalt einer Rechtsnorm erhoben — als juristisches Prinzip auf.

Dadurch daß das Faktische zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen. Nicht von einer „normativen Kraft des Faktischen“, sondern von einer Metamorphose des Faktischen zum Normativen müßte man sprechen. Freilich gerät hier das Völkerrecht an die äußerste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äußerste Grenze des Rechtes. Es ist vielleicht gerade noch Recht, wenn es — den fundamentalen Gegensatz von Sein und Sollen gefährdend — zwar nicht jede faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch nur eine bestimmte faktische Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und in dieser Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht, in dieser Neigung des Völkerrechts, vor den Tatsachen zu kapitulieren, zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht, zeigt sich das Problem seiner Rechtsnatur deutlicher als in dem angeblichen Fehlen des Zwangsmomentes.

### Neuntes Kapitel.

#### Das Völkerrecht als *civitas maxima*.

##### § 52.

Das „subjektive“ und das „objektive“ Prinzip des Völkerrechts.

Trotz des Einflusses, den der Staatsabsolutismus der HEGELschen Philosophie auf die Völkerrechtstheorie der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Richtung eines Primates der staatlichen Rechtsordnung genommen hat — lehrte doch noch PÜTTER (1843): „Das eigentümliche Wesen des Völkerrechts“ bestehe darin, „daß sich der Staatswille in seinem Verhalten zu anderen Völkern mit vollkommener Freiheit selbst bestimmt“<sup>1)</sup>. — macht sich um die Mitte des Jahrhunderts der Gedanke eines Primates des Völkerrechtes deutlich gel-

<sup>1)</sup> Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft, 1843, S. 15. PÜTTERS Tendenz ist, den Begriff des Völkerrechts mit der Souveränität des Staates in Einklang zu bringen (a. a. O. S. 6).

tend. KALTENBORN, der an die Völkerrechtskonstruktion des Philosophen CHRISTIAN WOLFF wieder anknüpft, versucht das Völkerrecht als eine über den Staaten sich erhebende höhere, für die Staaten in objektiver Geltung stehende Rechtsordnung nachzuweisen. Er geht von der Einheit des gesamten Rechtes aus und erkennt den Staat als eine — und zwar begrenzte — Rechtsordnung. Nachdem er festgestellt hat: „Das Recht ist die Norm und Ordnung für das menschliche Gemeinleben“ und zwar „für alle Sozialverhältnisse“<sup>1)</sup>, sagt er vom Staat: „Das Volk aber, zur Rechtsgemeinschaft konzentriert und organisiert, ist nichts anderes als der Staat. Der Staat ist dann fürwahr selbst ein Rechtsinstitut, aber dasjenige, welches innerhalb eines bestimmten Volkes, innerhalb dieses seines Bereiches alle möglichen Rechtsverhältnisse dieses Volkes zu einem ganzen zusammen-schließt . . .“<sup>2)</sup>. Er trübt dann zwar wieder diese klare Einsicht in das Verhältnis von Recht und Staat, indem er sagt, „der Staat ist die Anstalt zur B e h e r r s c h u n g des Rechtes, das höchste Rechtsinstitut dieser Nation“<sup>3)</sup>. Aber er erklärt mit um so größerer Deutlichkeit: „Der Staat ist aber nicht das höchste und absolute Institut des Rechtes. Vielmehr gibt es noch eine höhere Ordnung des Rechtes, d. i. ein höheres menschliches Gemeinwesen als der Staat, ein solches, in welchem der Staat zu einem untergeordneten Gliede einer höheren Einheit herabgesetzt oder vielmehr verklärt wird. Der Staat wäre nur dann das höchste Rechtsverhältnis, wenn er sich nicht auf ein bestimmtes Volk beschränkte oder besser, wenn die Menschheit mit dem Begriffe des Volkes und somit, in juristischer Beziehung, des Staates zusammenfiel. . . . Auf diese Weise wird das an sich nur nationale Rechtsleben des Staates in ein über die Nation hinausgehendes, allgemein menschliches R e c h t s g e m e i n w e s e n erhoben, in eine i n t e r n a t i o n a l e Ordnung des Rechtes. Wenn dann das Recht die Norm und Ordnung für das menschliche Gemeinwesen in allen seinen Dimensionen und Gradationen<sup>4)</sup> ist, so ist jene Gemeinschaft der Staaten als die höchste und letzte des Rechtes zu bezeichnen. Das Recht ist hier<sup>5)</sup> das, was man gewöhnlich V ö l k e r r e c h t, besser, da das Volk als Rechtsgemeinschaft S t a a t heißt und eben die verschiedenen Staaten jenes neue und höchste menschliche Rechtsleben bilden, Staatenrecht nennt“<sup>6)</sup>. Deutlicher

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 231.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 258/59.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 259.

<sup>4)</sup> Diese Vorstellung von „Gradationen“ des Rechtes ist sehr wichtig für Erfassung der Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht.

<sup>5)</sup> „Hier“ d. h. offenbar auf dieser Stufe, in dieser — höchsten — „Gradation“!

<sup>6)</sup> a. a. O. S. 260/261.

kann wohl die Identität von Ordnung und Gemeinwesen, Rechtsordnung und Staat nicht dargestellt werden. Und nun wird das Prinzip der objektiven Geltung der höchsten Rechtsordnung, die objektive Existenz des „allgemeinen menschlichen Rechtsgemeinwesens“<sup>1)</sup>, der Völkerrechtsgemeinschaft ausgesprochen und mit dem allgemeinen Grundsatz der objektiven Rechtsgeltung begründet. „Wie in jeder anderen Rechtsordnung, so müssen auch die völkerrechtlichen Subjekte, also die Staaten, in jener Gemeinschaft eine höhere Ordnung über sich anerkennen und sich als Glieder eines diese Ordnung bildenden Ganzen gerieren. Dabei ist festzuhalten, daß diese Ordnung über der Willkür der einzelnen Staaten steht, mit Notwendigkeit aus deren eigentümlichem Wesen folgt, danach nicht erst durch jene Anerkennung hervorgerufen, sondern nur für den einzelnen in dem speziellen Falle näher bestimmt, deutlicher gewußt und erkannt wird. Diese internationale Rechtsordnung erscheint demnach gleichfalls als von objektiver Macht und Bedeutung gegenüber den Staaten als den Subjekten und sie bildet das objektive Prinzip des Völkerrechtslebens, wie die Staaten das subjektive“<sup>2)</sup>. In diesen Ausführungen KALTENBORNS ist die reine Theorie des Rechts auf Basis eines Primates des Völkerrechts verhältnismäßig am stärksten zum Durchbruch gekommen. Freilich nicht ohne noch gewisse Schlacken mit sich zu führen. So die „Anerkennung“, die die Staaten der über ihnen stehenden Rechtsordnung erteilen „müssen“, obgleich diese über ihrer „Willkür“ steht, d. h. doch wohl von dieser „Anerkennung“ unabhängig ist, die demnach auch in ein bloßes Wissen und Erkennen umgedeutet wird. Den stärksten Mangel bildet aber wohl die kaum ernstgemeinte und auch nicht weiter verfolgte Andeutung, die notwendige Geltung der Völkerrechtsordnung aus dem „eigentümlichen Wesen“ der Staaten, d. i. der unmögliche Versuch, das „objektive Prinzip“ des Völkerrechts aus dem subjektiven abzuleiten, um in der eigenen Terminologie KALTENBORNS zu sprechen.

Das Verhältnis dieser beiden Prinzipien, der objektiven Völkerrechtsordnung und der subjektiven Existenz der Einzelstaaten, ist auch sonst bei KALTENBORN nicht widerspruchsflos entwickelt. Bald ist das objektive Prinzip das höhere, das in erster Linie maßgebende, bald das subjektive, bald wird die Parität beider behauptet. So sagt er: „Solange man über jener Staatsfreiheit nicht eine höhere Ordnung in einer internationalen Gemeinschaft anerkennt und nicht diese letztere als das zweite und höhere Prinzip hinstellt, solange wird man die Verhältnisse des Völkerrechts in

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 261.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 262/263.

ihrem ganzen Umfang nicht begreifen . . .“<sup>1)</sup>. Und ein andermal: „Die internationale Gemeinexistenz ist das erste Prinzip des Völkerrechts, . . . das ist das objektive Prinzip und somit das wesentliche und ursprüngliche. . . . Dazu tritt allerdings ein zweites, nämlich subjektives Prinzip, welches allerdings nur dazu dient, das erste näher zu bestimmen . . .“<sup>2)</sup>. Dagegen erklärt er in einer Polemik gegen WOLFF, dem er vorwirft, das subjektive Prinzip — die Souveränität der Staaten — nicht entsprechend berücksichtigt zu haben: „Und doch ist gerade organischerweise die Souveränität das eigentliche Maß der Stärke der internationalen Gemeinschaft, welche einzig dadurch verhindert wird, das zu sein, was WOLFF will, eine *civitas maxima*“<sup>3)</sup>; und stellt in anderem Zusammenhange das Verhältnis zwischen beiden so dar, daß „beide gleich wesentlich“ seien, daß beide „sich lebendig durchdringen“<sup>4)</sup> müssen. In diesem schwankenden Verhältnis der beiden Prinzipien zeigt sich im Grunde nur die Unsicherheit des Autors in der Wahl der grundsätzlichen Rechtshypothese: Primat des Völkerrechts oder der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Und in der Annahme, daß beide Prinzipien vereinbar seien, liegt der prinzipielle Irrtum. Das objektive Prinzip, das KALTENBORN um so nachdrücklicher betont, als er es gegenüber der Vernachlässigung, ja Negierung durch die zeitgenössische Theorie zur Geltung bringen will, ist seinem ganzen Wesen nach mit dem Subjektiven unvereinbar; es ist der Versuch, die Teile gegenüber dem Ganzen selbst als Ganzes, das Niedere dem Höheren gegenüber selbst als ein Höchstes zu behaupten. Daß ein „subjektives“ Prinzip, das lediglich dazu dient, ein „objektives“ näher zu bestimmen, nicht eigentlich ein „subjektives“ sein oder ein objektives eben nicht näher bestimmen kann, sollte doch offenkundig sein. Der Widerspruch tritt um so unverhüllter zutage, als KALTENBORN das subjektive Prinzip nachdrücklichst mit der Souveränität der Einzelstaaten identifiziert, also das Souveränitätsdogma, das die von ihm bekämpfte Theorie ganz beherrschte, keineswegs aufzugeben, sondern lediglich mit dem objektiven Prinzip einer über den Staaten stehenden Rechtsordnung, eines über den Souveränitäten der Einzelstaaten errichteten höheren Gemeinwesens — mit dem Primat des Völkerrechts also — in Einklang zu bringen unternahm. Allerdings nimmt der Begriff der Souveränität — und das ist überaus charakteristisch auch für die spätere Theorie, sofern diese dem Primat des Völkerrechts zustrebte — eine Bedeutung an, daß er als völlig denaturiert gelten muß und das Souveränitätsdogma eigentlich nur mehr dem Worte

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 52.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 266.<sup>3)</sup> a. a. O. S. 73.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 263.

nach aufrecht erhalten scheint. KALTENBORN bezeichnet die Souveränität als „die Selbständigkeit des Staates gegenüber anderen Staaten“<sup>1)</sup>. Demgegenüber muß immer wieder betont werden: Wenn man diese Begriffsbestimmung der Souveränität in der wissenschaftlich notwendigen Verallgemeinerung ausdrückt, bedeutet sie mit dem einschränkenden Zusatz „gegenüber anderen Staaten“ Selbständigkeit eines Gemeinwesens gegenüber anderen gleichartigen, d. h. gleichgeordneten, auf derselben Stufe der Rechtskonkretisation (in derselben Rechtsschichte, im selben Rechtsrang) stehenden Gemeinwesen. Hier wird der Begriff der Souveränität seines ursprünglichen und eigentlichen Inhalts, der ein *Absolutes*, einen Superlativ darstellt, ganz ebenso entäußert und daher aufgehoben, wie wenn als Souveränität, was mitunter geschieht<sup>2)</sup>, die Eigenschaft des Staates behauptet wird, die höchste Gewalt, jedoch nur gegenüber seinen Untertanen zu sein; wobei vorausgesetzt wird: erstlich, daß der Staat nicht die höchste Instanz gegenüber einer über ihm stehenden Völkerrechtsordnung (Gemeinschaft) ist, und des weiteren, daß der Staat nur einem abgegrenzten Teil der Menschheit gegenüber die höchste Autorität, also nur eine relativ höchste „Gewalt“, neben anderen gleichgeordneten „Gewalten“ oder Gemeinwesen sei. Das ist natürlich jede Gemeinde auch. Wäre es nicht naive Selbsttäuschung, dann müßte solche Begriffsbildung als Spiegelfechterei gebrandmarkt werden: durch Hinzufügen des Merkmals der Souveränität täuscht man eine Spezifikation der „Gewalt“ vor, während nähere Untersuchung dieses Merkmals ergibt, daß jede Gewalt die „höchste“, also „souverän“ ist, sofern sie nur gegenüber jenen Subjekten in Frage kommt, hinsichtlich derer sie als „Gewalt“ vorausgesetzt wird<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 266.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu oben S. 39.

<sup>3)</sup> Die Einengung des Begriffs der Souveränität auf die Bedeutung eines Zuhöchst-Seins nach Innen ist in Wahrheit das Fallenlassen des Souveränitätsdogmas. Es erfolgt zumeist in der Absicht, den Primat des Völkerrechts, die Vorstellung einer über den Einzelstaaten stehenden, sie verpflichtenden objektiven Rechtsordnung zu ermöglichen, ohne dabei wenigstens terminologisch die Souveränität des Staates aufzugeben. Typisch dafür neuestens: MAUSBACH, Naturrecht und Völkerrecht (in der Sammlung: Das Völkerrecht, herausgegeben von G. J. EBERS, 1. und 2. Heft) 1918, S. 102: „Der wahre Begriff der Souveränität steht übrigens einer wirklichen Verpflichtung des Staates gegen andere Staaten und erst recht einer Bindung an natürliche, von Gott stammende Gesetze des Völkerlebens durchaus nicht im Wege. Souveränität besagt zunächst höchste Gewalt (*suprema potestas*) gegenüber den Bürgern und niederen Rechtskreisen des Staates, sie ist innerstaatliche Oberhoheit und Unabhängigkeit; nur dadurch, daß ein Staatswesen in sich souverän ist, hat es Anspruch, auch im Völkerrecht vollberechtigt neben anderen Staaten aufzutreten. Nun lehren uns die heu-

Obgleich KALTENBORN dem Souveränitätsdogma auf solche Weise eigentlich jede Spitze abbricht, ist er doch auch in der Entwicklung

tigen Staatsverfassungen, daß der Begriff der Souveränität keineswegs ein fester und absoluter ist, sondern sich in konstitutionellen Monarchien, Bundesstaaten usw. mancherlei Einschränkungen gefallen lassen muß. Nicht anders verhält es sich mit der völkerrechtlichen Souveränität; auch sie bedeutet keine starre, atomistische, beziehungslose Selbständigkeit. Wie die lebendige physische Persönlichkeit eine geschlossene, unabhängige Ichheit, aber auch eine natürliche Bezogenheit in sich faßt, wie das Fürsichsein des Menschen das Füreinandersein nicht aus-, sondern einschließt, so tut es auch der Souveränität der Staaten keinen Eintrag, daß sie einem größeren Menschheitsganzen eingeordnet sind und sowohl durch natürliche wie durch vertragsmäßige Rechtspflichten gegeneinander gebunden sind.\* MAUSBACH gründet das Völkerrecht — als eine über den Staaten stehende Ordnung — auf dem göttlichen Naturrecht. Damit ist selbstverständlich die Souveränität der Staaten unvereinbar. Nicht identisch damit ist die Frage nach der vertragsmäßigen Verpflichtbarkeit. Diese ist auch bei voller Souveränität des Staates denkbar. Freilich nur — wie oben gezeigt — bei konsequent durchgeführter Konstruktion des Primats eigenstaatlicher Rechtsordnung.

Sehr klar und konsequent ist BELING. Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, 1896, S. 10 ff.: „Für das Völkerrecht speziell sind nun Rechtssubjekte die Staatswesen. Daraus folgt unmittelbar: Objektives Völkerrecht kann den Staaten nur einen Faktor setzen, der über ihnen steht, nimmermehr sie sich selbst.“ Dieser Schluß wäre noch nicht zwingend. Erst der folgende Satz bringt die entscheidende Voraussetzung. „Denn die Staaten stehen nebeneinander als pares. Keiner könnte dem andern gebieten *ita jus esto*.“ Störend ist bei diesen und den folgenden Darlegungen nur die anthropomorphe Vorstellung eines persönlichen Erzeugers der Rechtsnormen. „Die Frage, ob es überhaupt ein Völkerrecht gibt, verwandelt sich hiernach in die andere, ob es eine den Staaten übergeordnete Staatengemeinschaft gibt, und ob irgendein Modus denkbar ist, in dem diese Gemeinschaft Recht schaffen kann. Bei Verneinung dieser Frage muß man sich den Leugnern des Völkerrechts anschließen. . . . Dennoch leugnet man das juristische Vorhandensein dieser Völkergemeinde, weil jedes Glied derselben, wenigstens grundsätzlich, souverän sei, und der souveräne Staat, selbst supremus, keinen superior, wie jene Gemeinschaft, über sich haben könne. Aber hat man je daran gezweifelt, daß »freie« Menschen sehr wohl einem Staate untertan sein können? Der Staat nimmt dem Menschen nicht die freie Selbstbestimmung, wenngleich er ihr Gebieter und Herr ist.“ Allein ist der Mensch als Rechtssubjekt — und nur diese Relation kommt hier in Betracht — der staatlichen Rechtsordnung gegenüber wirklich »souverän“? BELING meint: „Ganz analog ist im Staatenleben der einzelne Staat »souverän«, d. h. grundsätzlich sein eigener Herr. Die freie Selbstbestimmung des Staates erlischt nicht durch seine Zugehörigkeit zu einem Rechtswesen, das ihm als Höherer gegenübertritt.“ Wäre der Staat so »souverän«, wie das menschliche Rechtssubjekt der dieses Rechtssubjekt erst konstituierenden staatlichen Rechtsordnung gegenüber »frei«, dann wäre es um die Staatssouveränität geschehen. Das scheint auch BELING zu empfinden, denn er fährt fort: „Aber gesetzt selbst, daß die Souveränität der



des objektiven Prinzips keineswegs konsequent und läßt dieses allzusehr zugunsten des subjektiven zurücktreten. Er meint zwar, die Völkerrechtsgemeinschaft sei „auf der Basis der Souveränität der einzelnen Staaten in ähnlicher Weise aufgebaut wie „die staatliche Gemeinexistenz, der Staatsorganismus auf dem Fundament individueller Freiheit“<sup>1)</sup>; und schaltet so das subjektive Moment zunächst ganz aus. Denn vom Standpunkt der objektiven Staatsordnung gibt es keine individuelle Freiheit. Die Rechtsordnung, die ihrem Wesen nach Bindung ist, ist mit individueller Freiheit begrifflich unvereinbar. Selbst von einer durch die Rechtsordnung beschränkten Freiheit kann nicht von dem immanenten Standpunkt der Rechtsordnung, sondern nur von einem subjektiven Interessenstandpunkt, d. h. vom Standpunkt des der Rechtsordnung gegenüberstehenden wirtschaftlichen, religiösen, politischen Interesses gesprochen werden. Freiheit ist ein außerrechtliches Phänomen; wenn auch als ein den Inhalt der Rechtsordnung gestaltendes Prinzip zugegeben werden kann: die rechtliche Bindung der einzelnen nur soweit zu führen, daß die möglichste Freiheit, d. h. die möglichst geringe Unfreiheit aller gesichert sei. — Obgleich nun KALTENBORN die sog. Souveränität der Einzelstaaten der — durch jede Rechtsordnung begriffsnotwendig aufgehobenen — individuellen Freiheit der Einzelsubjekte gleichstellt, läßt er doch schließlich seine — für seine Zeit wahrhaft kühne — Rechtstheorie fallen und weicht, offenbar um die Distanz zwischen sich und der herrschenden Lehre nicht allzu groß werden zu lassen, auf eine opportunistisch-politische Position zurück: „Doch ist festzuhalten, daß allerdings im Völkerrechte das subjektive Prinzip der Souveränität bei der erhabenen und selbstgenügsamen Fülle der internationalen Subjekte (Staaten) mit einer viel eminenteren Macht und Bedeutung dem objektiven Prinzip, nämlich der internationalen Gemeinexistenz als solcher, gegenübersteht, als dies im Staatsrechte der Fall ist, wo die Stellung der individuellen Freiheit (des subjektiven Prinzips hier) gegenüber dem Staate (dem

Staaten mit der Annahme einer übergeordneten Staatengemeinschaft unvereinbar wäre, so würde doch daraus nimmermehr die Nichtexistenz dieser Völkergemeinschaft dargetan sein. Weichen müßte dann aber der alte Souveränitätsbegriff.“

Der Versuch, die Souveränität der Staaten dem Namen nach stehen zu lassen, dabei aber doch den Gedanken einer überstaatlichen Rechtsordnung sicherzustellen, zeigt sich auch in der meist nur politisch orientierten Opposition gegen eine „Ueberspannung“ des Souveränitätsbegriffes. So bei LAMMASCH, Das Völkerrecht nach dem Kriege (Publication de l'institut Nobel, Tome III) 1917, S. 80 ff.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 267.

objektiven Prinzipie hier) eine ganz andere ist. Man erwäge nur den Unterschied: «das Individuum ist frei» und «der Staat ist souverän!» Man denke nur an die mancherlei Bande und Ketten, welche dem Individuum durch die Familie, den Stand, die Gemeinde, endlich den Staat selbst auferlegt sind, und nun wieder an die Selbstgenügsamkeit und Unabhängigkeit des souveränen Staates, der in der Fülle seiner Machtvollkommenheit nichts höheres über sich anzuerkennen hat als die internationale Gesamtheit mit ihren sanften Banden, mit ihrer mehr idealen als realen Erscheinung der Macht<sup>1)</sup>. Darin lag ja gerade die Stärke und das wissenschaftliche Verdienst KALTENBORNS, daß er — von der Einheit des Rechts ausgehend — die grundsätzliche Gleichartigkeit des Verhältnisses erkannte, das zwischen der einzelstaatlichen Rechtsordnung und ihren Subjekten einerseits, der Völkerrechtsordnung und ihren Subjekten — den Staaten — andererseits besteht: das Verhältnis einer objektiven, von dem Wollen der Rechtsunterworfenen unabhängigen Geltung. Und nun dieses schwächliche Abgleiten in die Sphäre des Faktischen, der ganz überflüssige Hinweis auf die unwesentliche Tatsache, daß die Bindung durch die staatliche Rechtsordnung eine stärkere, weitergehende sei als durch die Völkerrechtsordnung, und das theoretisch ganz unverständliche Kompliment vor der Macht des Staates. Und diese Wendung ist um so bedeutungsvoller, als die Schrift KALTENBORNS zweifellos zu den allerbesten Leistungen gehört, die die Theorie des Völkerrechts im 19. Jahrhundert aufzuweisen hat<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 267/68.

<sup>2)</sup> Im Anschluß an KALTENBORN erklärt ULLMANN a. a. O. S. 8: „Gegenüber den tatsächlichen Erscheinungen des internationalen Lebens der Neuzeit ist jene Auffassung des Völkerrechts zweifellos unzutreffend, die lediglich das subjektive Moment der Souveränität der in Verkehr stehenden Staaten zum Ausgangspunkte wählt. Das internationale Leben in seinen vielgestaltigen Verhältnissen ist kein bloßes Aggregat von Erscheinungen, die wegen ihrer Beziehung zur Existenz souveräner Staaten schon dann eine erschöpfende wissenschaftliche Erkenntnis gefunden haben, wenn sie aus dem Gesichtspunkt jener Beziehung gewürdigt worden sind; jene Verhältnisse sind vielmehr das konstante kausale Ergebnis des internationalen Lebens, das uns auf das Vorhandensein eines ebenso konstant wirkenden, objektiven, außer und neben den souveränen Staaten, zugleich aber auch durch die souveränen Staaten existierenden sozialen Faktors: die internationale Gemeinschaft hinweist.“ Nichtsdestoweniger steht ULLMANN durchaus auf dem Standpunkt des Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, der Anerkennungs- und Selbstbindungstheorie. Ja, kurz vorher nimmt er selbst lediglich das subjektive Moment der Souveränität zum Ausgangspunkt, wenn er — S. 6 — ausführt, „daß die realen Lebensverhältnisse der Völker eine wechselseitige Abhängigkeit der Staaten geschaffen haben“, daß aber „vom juristischen Standpunkt aus von einer wirklichen Einbuße an der eigenen Selbständigkeit

## Weltrechtsordnung und Weltstaat.

In derselben Linie wie dieses Festhalten an dem Souveränitätsdogma liegt die Ablehnung der von CHRISTIAN WOLFF aufgestellten Theorie einer civitas maxima. Diesem Philosophen gebührt das Verdienst, den Primat der Völkerrechtsordnung vom Standpunkt einer reinen Rechtstheorie zuerst erkannt und ausgesprochen zu haben. Die juristische Hypothese, daß die Normen des Völkerrechts eine über den einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Teilrechtsordnungen stehende, sie alle umfassende, universale Rechtsordnung seien, ist — bei Erkenntnis der Tatsache, daß die staatliche Ordnung ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Rechtsordnung ist — identisch mit der Hypothese eines über den Einzelstaaten stehenden, diese umfassenden universalen Gemeinwesens, das, weil grundsätzlich von der gleichen Natur wie die Einzelstaaten, als Personifikation der Universal- oder Weltrechtsordnung, als Universal- oder Weltstaat, als civitas maxima bezeichnet werden kann. In dieser Begriffsbildung kommt nur die Erkenntnis der vom Standpunkt juristischer Betrachtung entscheidenden Wesensgleichheit und schließlichen

und Unabhängigkeit des Staates im Bereich seiner völkerrechtlichen Wirksamkeit überhaupt nicht die Rede sein“ könne. Denn alles was der Staat an Verpflichtungen auf sich nähme, „wurzelt in letzter Reihe gerade in seiner Selbstständigkeit und Unabhängigkeit — in seiner Souveränität und in seiner freien völkerrechtlichen Persönlichkeit. Kraft der Souveränität und der damit gegebenen Fähigkeit, den eigenen Willen durch autonome Akte zu beschränken, ist überhaupt die juristische und praktische Möglichkeit einer Ordnung der Lebensverhältnisse der Staaten und Völker und Erfüllung jener kollektiven Aufgaben gegeben, die . . .“ Wo bleibt da das „objektive Prinzip“, wenn alles auf das subjektive begründet wird? Nebenbei bemerkt: Die „realen Lebensverhältnisse“, die eine Abhängigkeit der Staaten schaffen, werden einem „juristischen Standpunkt“ entgegengesetzt, von dem aus die Unabhängigkeit der Staaten unberührt bleibt. Das ist sicherlich ganz richtig. Nur darf man dann nicht der Rechtswissenschaft eine Betrachtungsweise zuerkennen, „die von dem geltenden Rechte als Ergebnis geschichtlicher Entwicklung und den realen Erscheinungen des Rechtslebens“ ausgeht, so wie dies allerdings ULLMANN a. a. O. S. 27 und mit ihm die herrschende Lehre tut. Wenn ULLMANN im Widerspruch zu seiner tatsächlichen Konstruktion die paritätische Betonung des objektiven neben dem subjektiven Prinzip postuliert, so geht NIPPOLD noch weiter: obgleich er in seiner Schrift „Der völkerrechtliche Vertrag“, wie oben gezeigt, den Standpunkt des subjektivistischen Primates staatlicher Rechtsordnung aufs extremste vertritt, erklärt er in seinem Buche „Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten“, 1907: „Die Gemeinsamkeit, die Solidarität“ ist „in Wirklichkeit das alleinige Prinzip des Völkerrechts“. „Die Souveränität ist kein besonderes völkerrechtliches Prinzip“ a. a. O. S. 52 ff. 59.

Einheit der Völkerrechtsordnung und der einzelstaatlichen Rechtsordnungen besonders deutlich zum Ausdruck; und zwar dadurch, daß auch die Personifikation der Völkerrechtsordnung — die Völkerrechtsgemeinschaft, das Gemeinwesen der Staaten, die Staatengesellschaft — mit der schlechthin als „Staat“ bezeichneten Personifikation der nationalen Teilrechtsordnungen als wesensgleich behauptet wird; behauptet werden muß, sofern der Staat für die juristische Erkenntnis — und nur eine solche will gegeben werden — nicht anders denn als Personifikation der Rechtsordnung, des ausschließlichen Gegenstandes juristischer Erkenntnis, begriffen werden kann. Angesichts des Festhaltens an diesem wesentlichen Zusammenhang ist es von ganz nebensächlicher, rein terminologischer Bedeutung, ob man mit Rücksicht auf gewisse unleugbare und von niemandem geleugnete Unterschiede in dem Inhalt der Völkerrechtsordnung gegenüber dem durchschnittlichen Inhalt der einzelstaatlichen Rechtsordnungen die Personifikation der ersteren nicht als „Staat“ im eigentlichen Sinne bezeichnen und diesen terminus einer ganz bestimmten Rechtsordnung, einer Rechtsordnung vorbehalten will, deren innere, materielle, vom Wesen des Rechtes aber unabhängige Struktur einen ganz besonderen Charakter hat. Sieht man aber das Wesen der als „Staat“ bezeichneten Rechtsordnung geradezu in ihrer Rangstufe, nämlich in ihrer Eigenschaft, die höchste, souveräne Ordnung zu sein, dann muß man diese Bezeichnung von dem zu einem niederen, untergeordneten Normensystem, zu einer Teilrechtsordnung gewordenen Einzelstaate auf die Personifikation der ihm übergeordneten Universalrechtsordnung, die nunmehr einzig und allein als „souverän“ gelten kann, übertragen.

Keinen anderen als diesen juristischen Sinn hat die WOLFFsche Theorie der *civitas maxima*; und gerade der KALTENBORNSchen Schrift größter Vorzug ist es, diese Theorie wieder dargestellt und in ihrer Bedeutung wenigstens zum Teil erkannt zu haben, während sich die Literatur bis dahin begnügte, „die WOLFFschen Sätze für falsch zu erklären oder sie auch ganz und gar zu ignorieren“<sup>1)</sup>. WOLFFs Lehre vom positiven Völkerrecht<sup>2)</sup> — sein *jus gentium naturale*, das natürliche Völkerrecht, das er neben dem positiven gelten läßt, ist eine nicht sehr klare Konstruktion, die hier nicht weiter in Betracht kommt — unterscheidet ein sog. *jus gentium voluntarium*, ein allgemeines, alle Staaten ohne Rücksicht auf ihre

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 74.

<sup>2)</sup> *Jus gentium methodo scientifica pertractatum, in quo jus gentium naturale ab eo, quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est, accurate distinguitur.* 1749.

Zustimmung verbindendes Völkerrecht, und auf dessen Grundlage ein *jus gentium pactitium*, ein partikulares Völkerrecht, das lediglich die vertragsschließenden Parteien verpflichtet; daneben ein *jus gentium consuetudinarium*, das sich von dem vorgenannten dadurch unterscheidet, daß es nicht — durch bewußte Willensakte der Staaten — ausdrücklich gesetzt wird, sondern im Weg der Gewohnheit — als Gewohnheitsvölkerrecht also — entsteht. Das *jus gentium voluntarium* nun ist ein Inbegriff von Rechtsnormen, die nach WOLFF abzuleiten sind „*ex fine civitatis maximae, quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura, ut in jus istud consentire debeant gentes, non vero libertati earum relictum sit, utrum consentire malint aut nolint*“<sup>1)</sup>.

Wenn man diejenigen Rechtssätze, die in der neueren Völkerrechtstheorie etwa als „gemeines“ Völkerrecht (zum Unterschied vom partikulären) bezeichnet werden und ungefähr mit demjenigen übereinstimmen, was WOLFF nicht sehr glücklich das *jus gentium voluntarium* nennt, auf ihre Herkunft hin untersucht, d. h. nach dem Grund ihrer Geltung fragt, dann muß man — da sie auf vertrags- oder gewohnheitsmäßige Setzung nicht zurückgeführt werden können (beruht doch die rechtserzeugende Kraft von Vertrag und Gewohnheit selbst auf diesem gemeinen Völkerrecht, auf einem, diese „Quellen“ delegierenden Rechtssätze desselben) — eine Idee, eine Grundnorm auffinden, aus deren vorausgesetzter, hypothetischer Geltung sich diese Normen des gemeinen Völkerrechtes ergeben. Die der Theorie des Völkerrechts gestellte Aufgabe, diesen Ursprung des Völkerrechts klar zu formulieren, soll hier nicht im einzelnen gelöst werden. Aber dem Wesen nach kann diese Idee nichts anderes beinhalten als: Eine Vielheit von Gemeinwesen oder Rechtsgemeinschaften, deren Menschen aus kulturellen Gründen mit-

<sup>1)</sup> a. a. O. Praefatio. Das Zitat steht in folgendem Zusammenhang: „Sicuti enim in parte octava Juris naturae demonstravimus, leges civiles non esse merae voluntatis, sed ipsum jus naturae praescribere modum, quo ex lege naturali condenda sit civilis, ut non sit quod in ea reprehendi possit; ita quoque jus gentium voluntarium non a libera gentium voluntate dependet, sed ipsum jus naturale praescribit modum, quo ex naturali efficiendum sit voluntarium, ut non admittatur, nisi quod necessitas imperat. Cum gentes in civitatem maximam ipsa natura coegerit, quemadmodum eidem convenienter civitates particulares coiverunt singuli; modus quoque, quo fit jus gentium voluntarium ex naturali, prorsus idem est, quo leges civiles in civitate ex naturalibus condi debent. Ea de causa jus gentium, quod voluntarium dicimus, non, quemadmodum Grotio visum est, ex factis gentium probandum, quasi inde colligatur communis earum consensus; sed ex fine civitatis maximae, quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura, ut in jus istud consentire debeant gentes . . . .“

einander ständig verkehren wollen, sollen gleichberechtigt, d. h. gleichgeordnet in einer Rechtsgemeinschaft, also in einer Gemeinschaft gleicher Art stehen, wie sie jedes einzelne der zu verbindenden Gemeinwesen selbst darstellt. Will man sich der üblichen veranschaulichenden Personifikation bedienen, so kann man — von diesem auf den Inhalt der Ursprungsnorm gerichteten, materiellen Standpunkt aus — die Ursprungsidee des Völkerrechts etwa dahin formulieren: eine Rechtsgemeinschaft, in der die Freiheit der Subjekte (der Staaten) durch ihre grundsätzliche rechtliche Gleichheit beschränkt wird.<sup>1)</sup> Diese Idee — eine juristische Hypothese — findet ihren Ausdruck in der WOLFFschen Annahme der *civitas maxima*, die als Rechtsordnung den Einzelstaaten gleichermaßen übergeordnet ist, wodurch ebensowohl die rechtliche Gleichordnung der einer Rechtsordnung gleichermaßen unterworfenen Subjekte, wie die rechtliche Gebundenheit derselben gekennzeichnet wird. —

Der „naturrechtliche“ Charakter einer solchen Grundlegung des Völkerrechtes kann und soll nicht geleugnet werden. Indes: Soferne diese „naturrechtliche“ Grundlage sich lediglich darauf beschränkt, als juristische Hypothese eine durch positive Satzung fortzubildende, inhaltlich zu erfüllende Rechtsordnung zwischen koordinierten Subjekten zu ermöglichen, kann auch die einzelstaatliche Rechtsordnung — als souverän vorausgesetzt — solch einer naturrechtlichen Grundlegung nicht entbehren<sup>2)</sup>. Und in diesem Sinne ist zwischen

<sup>1)</sup> Der — im Verhältnis zum gewohnheits- und vertragsmäßig gesetzten Völkerrecht — apriorische Charakter des Gleichheitsprinzips kommt auch in der — als typisch zu bezeichnenden — Darstellung KALTENBORNS — freilich nur indirekt — zum Ausdruck. Aus dem „Postulate jeder Rechtsordnung, also auch der internationalen“ — nämlich dem von ihm aufgestellten objektiven und subjektiven Prinzip — leitet KALTENBORN ab „ein Verhältnis der Gleichheit unter den Staaten. Alle erkennen sich gegenseitig als Staaten an. Und dies nicht erst, nachdem sie sich physisch oder geistig gemessen haben, sondern dem Prinzip nach und von Anfang an. Es müssen sich also die Staaten als Rechtssubjekte, als Personen der internationalen Gemeinschaft anerkennen“ a. a. O. S. 263. „Dem Prinzip nach und von Anfang an“, das kann ja nichts anderes heißen als: voraussetzungsgemäß, im Sinn einer juristischen Hypothese. Demgemäß muß es als problematisch bezeichnet werden, wenn HUBEK, Die Gleichheit der Staaten (Rechtswissenschaftliche Beiträge. Juristische Festgabe des Auslands zu Josef Kohlers 60. Geburtstag), die Gleichheit der Staaten als einen Satz des positiven — d. h. gewohnheits- oder vertragsmäßig gesetzten — Völkerrechtes nachweisen will.

<sup>2)</sup> MAUSBACH, a. a. O. S. 111, 112: „Dem Gesagten zufolge erweisen sich alle Aus- und Umwege, die verpflichtende, rechtliche Natur der Staatsverträge, d. h. aber der wichtigsten Quelle des positiven Völkerrechts, ohne Anrufung

Naturrecht und positivem Recht gar kein Gegensatz vorhanden. Darum ist es keineswegs ein Widerspruch, wenn WOLFF auf einer Rechtsgemeinschaft, *quam instituit ipsa natura*, das positive Völkerrecht begründet und das von ihm als *jus gentium voluntarium* bezeichnete gemeine Völkerrecht zum positiven Völkerrecht rechnet. Schon das verkennt KALTENBORN, weil er — wie ja auch die ganze neuere Rechtswissenschaft — ein voraussetzungsloses positives Recht für möglich hält, weil er die logische Notwendigkeit übersieht, jedes positive Recht auf einer juristischen Hypothese zu begründen <sup>1)</sup>.

Und doch arbeitet KALTENBORN — wie ja auch zum großen Teil die neuere Völkerrechtswissenschaft — mit der gleichen Hypothese — nur nicht so konsequent — wie WOLFF, dessen *civitas maxima* von KALTENBORN in Uebereinstimmung mit der ganzen vorangegangenen wie nachfolgenden Literatur entschieden abgelehnt wird <sup>2)</sup>.

naturrechtlicher Grundsätze darzutun, als aussichtslos . . . . v. LISZT sagt an anderer Stelle: Der Satz *pacta sunt servanda* sei die „Grundlage alles Rechtes“. Wir fragen: Ist dieser erste Rechtssatz auch durch Herkommen oder Staatswillen oder Vereinbarung entstanden? Jeder Vernünftige wird diese Annahme für unsinnig erklären. Dann ist aber offenbar der ganze positivistische Aufbau des Völkerrechts in seiner Grundlage widerlegt und für dessen formelle Rechtsnatur ein umfassendes naturrechtliches Prinzip als Grundlage anerkannt“.

<sup>1)</sup> Er findet es „horribel, daß es eher eine Philosophie als eine positive Wissenschaft des Völkerrechts geben konnte“ a. a. O. S. 28. Es sei dies durchaus etwas Krankhaftes und hieße, die Sache geradezu auf den Kopf stellen. Die Philosophie habe — das ist ja die Durchschnittsvorstellung des Positivismus — dem Völkerrechte gegenüber „die höchste Blüte und das letzte Resultat aller wissenschaftlichen Forschung über das Völkerrecht“ zu sein. Daß die Völkerrechtswissenschaft historisch mit philosophischer Spekulation begonnen habe, ist aber so unbegreiflich nicht, wenn man sich ihrer logischen Voraussetzungen bewußt wird.

<sup>2)</sup> Ein beliebiges Beispiel: F. VON MARTENS, Völkerrecht, übers. von BERGBOHM, 1883, definiert: „Unter internationalem Recht (Völkerrecht) verstehen wir die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche den Völkern für die Sphäre ihrer gegenwärtigen Beziehungen die äußeren Bedingungen zur Erreichung ihrer Lebenszwecke setzen“ (a. a. O. S. 18). Die „äußeren Bedingungen“ — also eine objektive Instanz — erscheinen hier als normsetzende Autorität. Noch deutlicher sagt MARTENS, eine subjektivistische Konstruktion des Völkerrechts ausdrücklich ablehnend: „Die Mehrheit der Völkerrechtsautoren vertritt bis auf den heutigen Tag noch den Standpunkt, daß die den Staaten im Bereiche ihrer Verhältnisse zum Ausland eigenen Rechte und Pflichten keine andere Grundlage hätten als die Souveränität, Freiheit und Selbständigkeit jedes einzelnen dieser politischen Gemeinwesen gegenüber dem andern. Wir unsererseits aber können diese Auffassung deshalb nicht billigen, weil sie logischerweise zu juristisch gar nicht mehr lösbaren Kollisionen zwischen den Gesetzen und Interessen der verschiedenen Staaten führen muß. „Das heißt: weil eine

Er akzeptiert zwar grundsätzlich den Standpunkt WOLFFS und führt gegen die zu seiner Zeit herrschende, auf dem Boden des Souveränitätsbegriffs konstruierte Konstruktion mit der Rechteinheit unvereinbar ist! „Die Idee der Souveränität involviert nur das Eine, nämlich daß jeder Staat für sich eine selbständige juristische Persönlichkeit bildet, sie vermag jedoch nicht darüber Aufklärung zu geben, in welcher Beziehung sich nun der eine Staat zum anderen befindet, welche Rechts- und Pflichtverhältnisse sie miteinander verbinden.“ Also eine klare Ablehnung jeder „Selbst“-Verpflichtungstheorie! Daher denn auch: „Ordnung und Recht dieses Gebietes (des internationalen Lebens) beruhen also auf der internationalen Gemeinschaft und nicht auf der Souveränität der Staaten.“ „Die internationale Gemeinschaft ist, wenn man den Beruf des Staates ins Auge faßt, eine Notwendigkeit“. Aber sie ist: „die freie Verbindung unter den Staaten“ usw. „Demnach legen wir, indem wir die Staaten, die Subjekte des Völkerrechts, nicht wie sie an und für sich und isoliert gedacht da sind, sondern in der Gemeinschaft miteinander und als Glieder einer «Völkergesellschaft» oder «internationalen Assoziation» betrachten, dieser Vereinigung noch lange nicht den Charakter eines Universalreiches (Weltstaat oder WOLFFS *civitas maxima*) bei. Die internationale Gemeinschaft bleibt eben eine freie Gesellschaft der Nationen...“ Aber sie ist doch eine „Notwendigkeit“! „Diese freie Vergesellschaftung hebt die Selbständigkeit der einzelnen Staaten nicht nur nicht auf, sondern verleiht ihnen gerade die sicherste Sanktion“ usw. (a. a. O. S. 199 ff.). Ja schließlich wird geradezu als der höchste Zweck der internationalen Gemeinschaft — wie üblich — die Souveränität der Staaten bezeichnet (a. a. O. S. 205 ff.). — Im vollsten Widerspruch zu der objektivistischen Begründung des Völkerrechts, auf der Völkergemeinschaft stützt MARTENS die Verbindlichkeit der internationalen Verträge „einzig auf der Anerkennung der Rechtsfähigkeit des einen Staates durch den andern. Die Staaten müssen (?) einander als Rechtssubjekte anerkennen, sie müssen ihre Rechte gegenseitig anerkennen, sonst sind überhaupt gar keine Beziehungen zwischen ihnen möglich“ (a. a. O. S. 390). Das ist richtig — jedoch nur vom Standpunkt eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, welcher Standpunkt eben zur Selbstverpflichtungstheorie führt, die MARTENS seltsamerweise gerade hier zurückweisen zu müssen glaubt! Es ist ein offener Widerspruch, wenn MARTENS behauptet, die Rückführung der Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Verträge auf die gegenseitige Anerkennung der Staaten (der einzelne Staat ist verbunden, den Vertrag zu erfüllen, weil er den andern Staat „anerkannt“ hat), sei gleichbedeutend mit der von ihm der subjektivistischen Konstruktion entgegengesetzten Theorie: „Die Verbindlichkeit der internationalen Verträge fließt aus dem Begriff der internationalen Gemeinschaft.“ Und nun fährt MARTENS — ein typisches Beispiel für die absichtlich unklare und zweideutige Argumentation der sogen. Völkerrechtswissenschaft — folgendermaßen fort: „Indem sie in den internationalen Verkehr eintreten, unterwerfen sich die Staaten der Wirksamkeit durch nicht willkürlich abänderbare Lebensbedürfnisse und -beziehungen fest bestimmter Bedingungen, bei deren Einhaltung allein sie ihre vernünftigen Zwecke zu erreichen vermögen.“ Wie man sich „Bedingungen“ unterwerfen kann, ist nicht ganz verständlich. Allein: „diese Bedingungen nehmen die Gestalt von Rechtsnormen an, und da in den internationalen Verträgen die zwischen den Staaten bestehenden Lebensverhältnisse formuliert erscheinen, so müssen jene



tätsdogmas stehende Völkerrechtstheorie aus, was ebensogut gegen die heutige Völkerrechtsdoktrin Geltung hat: „Das Völkerrecht war dabei in der größten Gefahr, verachtet zu werden, denn wie alles Recht, so verlangt auch dieses eine höhere Gemeinschaft unter den nach Recht Lebenden, eine über der Willkür der einzelnen Rechtssubjekte stehende Rechtsgemeinschaft, *Rechtsordnung*. WOLFF erkannte zuerst dieses prinzipielle Postulat des Völkerrechts . . .“<sup>1)</sup>. Und obgleich KALTENBORN erkennt, daß der Staat nichts anderes als eine *Rechtsgemeinschaft* ist, daß ein Gemeinwesen nur in einer Rechtsordnung existent wird, und obgleich er vom Völkerrecht ausdrücklich als von einem über den Staaten stehenden „höheren Gemeinwesen“ spricht, so lehnt er doch die WOLFFsche Charakterisierung der Völkerrechtsordnung als *civitas maxima* unbegreiflicher Weise ab. Mit den typischen Worten der Souveränitätsdogmatiker erklärt er, die *civitas maxima* „vernichte“ das Völkerrecht, mache es zum bloßen Staatsrecht<sup>2)</sup>, der Universalstaat sei das „Grab eines freien Völkerrechtslebens, welches auf Basis der Freiheit der Einzelstaaten zu ruhen hat“<sup>3)</sup>, während doch sein „objektives Prinzip“ umgekehrt die — beschränkte — (und somit aufgehobene) Freiheit der Einzelstaaten auf dem Völkerrecht beruhen läßt; und wirft WOLFF vor, daß dieser allen Völkern zusammen, d. h. der in der Völkerrechtsordnung konstituierten Gemeinschaft, der *civitas maxima* also, die nur die Personifikation der Völkerrechtsordnung ist, gegen die einzelnen Staaten ein *imperium* zuspreche und dieses *imperium* mit dem *imperium civile* der Staatsgewalt in eine Linie stelle<sup>4)</sup>. Gerade in der Erkenntnis der Gleichartigkeit beider Verhältnisse, in der rein juristischen Deutung des *imperium civile* als der Geltung einer Teilrechtsordnung liegt die geniale Tat WOLFFs. Sie wird um ihren eigentlichsten Wert gebracht, wenn KALTENBORN in Fortsetzung und vermeintlicher Verbesserung der WOLFFschen Völkerrechtstheorie erklärt, „daß die internationale Gemeinschaft . . . niemals den Charakter eines Staates annehmen dürfe; denn dadurch würden gerade die einzelnen Staaten ihren selbständigen Charakter als Staaten verlieren und somit das subjektive Prinzip des Völkerrechts vernichtet werden. Also darf die inter-

Normen auch auf die von den Staaten abgeschlossenen Verträge influieren“. Also die, wenn auch sehr gewundene, Behauptung einer objektiven, die Beobachtung von Verträgen statuierenden Norm. Nun aber der Schluß: „Soweit die realen Verhältnisse verbinden, soweit sind auch die Verträge verbindlich“ (a. a. O. S. 391). Das heißt: soweit es jedem Staate beliebt. Das zu beweisen, erscheint eben der Völkerrechtswissenschaft als ihre eigentliche Aufgabe!

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 71.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 72.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 73.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 73.

nationale Gemeinschaft des Rechts keinen Universalstaat, gleichviel ob in monarchischer oder republikanischer Form, bilden, sondern etwas ganz besonderes und eigentümliches, vom Staate verschiedenes ....<sup>1)</sup>). Diese von einem — früher als nichts anderes denn als eine Rechtsgemeinschaft charakterisierten — Staate verschiedene Völkerrechtsgemeinschaft bezeichnet KALTENBORN nunmehr als ein „politisches System, eine Konföderation“, ein „Staaten-system“. „Demnach hat es das Völkerrecht zu tun mit den souveränen Staaten, insofern sie zur Rechtsgemeinsamkeit eines Systems der Staaten sich erhoben haben“<sup>2)</sup>). Hier unterläuft wahrlich mehr als ein Denkfehler! Erstens fragt es sich in der Völkerrechtstheorie nicht, was für einen Charakter die Völkerrechtsgemeinschaft — vielleicht im Laufe der Entwicklung — „annehmen darf“, sondern ausschließlich darum, welchen Charakter sie hat, nicht, ob sie einen Staat bilden darf, sondern ob sie ihrem Wesen nach ein „Staat“ ist. Nicht eine zufällige Ungenauigkeit der Sprache liegt hier bei KALTENBORN vor, sondern eine typische Problemverschiebung. Denn ebenso wie an Stelle des ursprünglich nur formalen Staatsbegriffes als einer — eventuell souveränen — Rechtsordnung der in materieller Hinsicht verengte Begriff des Staates als einer besonderen, inhaltlich irgendwie qualifizierten Rechtsordnung getreten ist, drängt sich an Stelle der rein rechtstheoretischen Frage nach der rechtslogischen Natur des Verhältnisses zwischen der universalen Völkerrechtsordnung oder -gemeinschaft und den einzelstaatlichen Rechtsordnungen oder -gemeinschaften eine politische, auf die materielle, inhaltliche Ausgestaltung der Völkerrechtsordnung gerichtete Frage: die Völkerrechtsordnung dürfe nicht jenen spezifischen Inhalt erhalten, nicht jenen besonderen Charakter annehmen, der sie als „Staat“ im engeren Sinne qualifizieren würde. Dann aber muß auch der Begriff der Souveränität einen ganz anderen Sinn erhalten, als KALTENBORN ausdrücklich angibt. Denn wenn er behauptet, daß die einzelnen Staaten bei Errichtung eines Völkerstaates — offenbar wegen des damit verbundenen Verlustes ihrer Souveränität infolge der Vernichtung des subjektiven Momentes — ihren Charakter als selbständige Staaten verlieren würden, kann Souveränität nicht — wie KALTENBORN definiert — „Selbständigkeit des Staates gegenüber anderen Staaten“ bedeuten. Denn diese Selbständigkeit wird durch keine noch so tiefgreifende Völkerrechtsordnung gefährdet, die alle Staaten gleichmäßig erfaßt, ihr gegenseitiges Verhältnis also nicht berührt. Schließlich aber der gänzlich aus der Darstellung fallende, plötzlich — wie ein

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 265, 266.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 266.

deus ex machina — auftretende Begriff eines Staatensystems! Dieser hat überhaupt keinen juristischen Sinn, er bedeutete denn eine die Einzelstaaten, d. h. die durch sie personifizierten Rechtsordnungen umfassende Ordnung, die Rechtscharakter hat. Was anderes kann „System“ — sofern es ein Rechtsbegriff sein soll — bedeuten, als Rechtsordnung? Was anderes aber ist die civitas maxima? Das traurige, freilich nicht allzuseltene Schauspiel juristischer Begriffsanarchie<sup>1)</sup>!

#### § 54.

#### Organisierte und nichtorganisierte Gemeinschaft.

Fragt man, worin die herrschende Völkerrechtstheorie, die den Gedanken einer civitas maxima ablehnt, den wesentlichen Unterschied zwischen der Völkerrechtsgemeinschaft und der durch die einzelstaatliche Rechtsordnung konstituierten Gemeinschaft, dem „Staate“, erblickt, so fällt zunächst die Behauptung auf, daß die erstere im Gegensatz zur letzteren nicht „organisiert“ sei. Man bezeichnet darum auch nicht selten das Völkerrecht als ein „anarchisches Recht“<sup>2)</sup>. Erkennt man, daß „Organisation“ nichts anderes als „Ordnung“ bedeutet, Recht aber eine Ordnung ist, dann ist eine nichtorganisierte Rechtsgemeinschaft eine unorganisierte Ordnung, ein Widerspruch in sich selbst. Offenbar ist hier ein engerer Begriff der Organisation gemeint. Man hat eine spezielle Organi-

<sup>1)</sup> Gerade weil es sich bei KALTENBORN um einen Schriftsteller handelt, der rechtstheoretisch verhältnismäßig hoch steht, und weil es symptomatische Bedeutung hat, sei angemerkt, wie sehr politische Erwägungen auch bei ihm die juristische Konstruktion beeinflussen. So führt er gegen die zu seiner Zeit nicht minder wie heute üblichen Prophezeiungen eines ganz neuen, kommenden Völkerrechtes an: „Davor möge uns freilich Gott noch recht lange bewahren, daß die jetzige monarchische Verfassung der internationalen Gemeinexistenz in ein demokratisches Wesen umgewandelt werde! . . . . Vielmehr scheint die christlich-politische Entwicklung darauf hinauszulaufen, die Persönlichkeit der Herrschaft im Monarchentum mehr und mehr zu verbreiten, allerdings auch zu veredeln . . .“ a. a. O. S. 14. Und so bemüht er sich, die Wissenschaft des Völkerrechts im Anschluß an OPPENHEIM (System des Völkerrechts, 1845) als eine „protestantische“ zu erweisen (a. a. O. S. 24–25). Der Hinweis darauf, daß fast sämtliche Autoren dieser Wissenschaft Protestanten seien, mag immerhin gelten; die Behauptung aber, daß das dem Protestantismus eigene Prinzip der individuellen Freiheit als Souveränität der Staaten die Grundlage für die Theorie des Völkerrechts bilde, muß KALTENBORN in einen vollkommenen Widerspruch zu dem von ihm später vertretenen Gedanken bringen.

<sup>2)</sup> JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 379. Vgl. statt vieler auch HEILBORN a. a. O. S. 31 ff.

sation, eine Organisation besonderen Inhalts im Auge. Und ebenso steht es mit dem Begriff des „anarchischen Rechtes“. „Anarchie“ könnte vom Standpunkt normativ-juristischer Betrachtung nichts anderes heißen als Ordnungslosigkeit. Indes, vielleicht meint man eine Rechtsordnung, bei der es keine „Herrschaft“ gibt. Allein, auch dies wäre noch eine logische Unmöglichkeit, da als „Herrschaft“ vom Standpunkt der Normerkenntnis nichts anderes als die Normgeltung, die spezifische „Herrschaft“ des Rechtes verstanden werden könnte. Es ist eben auch hier eine besondere, durch den speziellen Inhalt der Ordnung charakterisierte „Herrschaft“ gemeint; jene nämlich, bei der die „Herrschaft“ besonders deutlich, auch äußerlich offenkundig durch einen eigenen Herrschaftsapparat in die Erscheinung tritt. Das ist aber jene Ordnung oder Organisation, deren Erzeugung und Anwendung (Durchsetzung) in einem gewissen Umfange, richtiger: in einer gewissen Sphäre des Rechts — arbeitsteilig eingerichtet, d. h. norminhaltsgemäß auf spezielle Organe übertragen, diesen vorbehalten ist; eine Rechtsordnung, in der verfassungsgemäß die Fortbildung (Abänderung), d. h. die Erzeugung neuer, zu den alten hinzutretender genereller Normen einem besonderen Gesetzgebungsorgan (Parlament, Monarch usw.), die Durchsetzung der Rechtsordnung besonderen Exekutivorganen (Gerichten, Verwaltungsbehörden usw.) zugewiesen ist. So bedingungslos dieser Unterschied — als eine Rechtsinhaltsdifferenz — zuzugeben ist und vom kulturgeschichtlichen Standpunkt für höchst wichtig anerkannt werden muß, so unwesentlich muß er für eine nur auf die wesentlichen rechtslogischen Relationen gerichtete Erkenntnis einer reinen Rechtslehre sein. Für das Wesen des Rechtes, der Rechtsordnung, ist es gleichgültig, ob sie überhaupt abänderbar ist oder nicht, und an welche Bedingungen die Abänderung gebunden erscheint. Wenn — was gerade bei älteren Rechtsordnungen die Regel ist — das Recht nur im Wege der Gewohnheit fortgebildet werden kann, so mangelt es durchaus an einem speziellen, arbeitsteilig funktionierenden Gesetzgebungsorgan, ohne daß man auch nur im entferntesten den Rechtscharakter einer solchen Ordnung in Zweifel ziehen würde. Und ebenso zögert die herrschende Lehre keinen Augenblick, auch dort von Recht und Rechtsordnung zu sprechen, wo die Zwangsordnung, die zwanganordnenden Normen im Wege der Selbsthilfe — und zwar normgemäß auf diesem und keinem anderen Wege — durchgesetzt werden. Jede Rechtsordnung, jede Rechtsgemeinschaft bringt ursprünglich, d. h. in den älteren Stadien der Rechtsentwicklung, weder Spezialorgane für eine generelle Rechts-erzeugung, noch solche für eine Rechtsdurchsetzung hervor. Darum

ist man aber noch keineswegs zu der Behauptung berechtigt, daß eine solche Rechtsordnung überhaupt keine Organe habe. Im Gegenteil. Eine solche Ordnung charakterisiert sich gerade durch eine Vielheit von Organen. Was die Rechtserzeugung betrifft, so ist sie eben in diesem Falle durchgehend allen Subjekten anheimgegeben, an die sich die Normen der Rechtsordnung überhaupt richten, und die sie zu erfüllen berufen sind. In der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung „erzeugt“ das Volk selbst, erzeugen die Rechtsunterworfenen das Recht. ‚Untertan‘ und ‚Organ‘ fallen zusammen. Und das Analoge gilt für die Rechtsdurchsetzung, wo diese im Wege der Selbsthilfe zu erfolgen hat. Der in seinen Interessen rechtswidrig Verletzte ist kraft Rechtsens berufen, das Recht, das hier zugleich sein Recht ist, gegen den Verletzer durchzusetzen. Und eben darum fungiert er als Organ der Rechtsordnung. Juristisch erschöpft sich die Organschaft durchaus in dieser Ermächtigung oder Verpflichtung zum Handeln, in dieser Delegation, weshalb ja eine grundsätzliche Scheidung zwischen Rechts(Staats)organschaft und Rechtserfüllung, Rechtsanwendung (im weitesten Sinne) juristisch nicht möglich ist<sup>1)</sup>.

Wollte man geneigt sein, als „Staat“ eine Rechtsordnung erst dann zu bezeichnen, wenn arbeitsteilig fungierende Spezialorgane für die generelle Rechtserzeugung und für die Rechtsdurchsetzung delegiert sind, so ist gegen eine solche Terminologie nichts einzuwenden, es wäre denn dies, daß sie eine juristisch relevante Differenz nicht zum Ausdruck bringt. Dagegen muß mit Entschiedenheit aus dem Bereich rechtstheoretischer Erkenntnis die weitverbreitete Anschauung verwiesen werden, die durch die faktische Existenz von speziellen Gesetzgebungs- und Exekutivorganen zur Annahme einer faktischen, von der Geltung der Rechtsordnung verschiedenen „Macht“ veranlaßt wird, und diese Macht, der man die Menschen als unterworfen vorstellt, für ein wesentliches Element des von der Rechtsordnung isolierten Staates, aber auch des Rechtes erklärt, sofern „hinter“ diesem eine solche faktische Macht stehen müsse. Um nichts anderes handelt es sich hier, als um eine durch die sinnfällige Konzentration der Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung in einem äußerlich wahrnehmbaren Apparat unterstützte Hypostasierung und die durch diese Hypostasierung wieder begünstigte Abweichung von der Linie des rechtlichen Sollens zu der des sozialen Seins. Nicht die faktische Willensäußerung des absoluten Monarchen, nicht der aus vielen Einzelwollungen zusammengesetzte tatsächliche Vorgang des Beschlusses eines republikanischen Parlamentes, nicht diese in der Kette

<sup>1)</sup> Vgl. dazu oben S. 118, 164.

von Ursache und Wirkung stehenden und als solche Macht ausstrahlenden Fakten sind es, auf die es juristisch ankommt. Sie sind nur Bedingungen, unter denen eine Rechtsnorm gleichen Inhalts als gültig vorausgesetzt wird, und nur in der Geltung dieser Rechtsnorm liegt alle rechtlich relevante „Herrschaft“ oder „Macht“. Nicht die an die Gesetze des Seins gebundene Tatsache, daß ein bestimmter Mensch — als Richter und Exekutor — straft, einem anderen Menschen Zwang antut, steht juristisch in Frage, sondern lediglich die Rechtsnorm, die unter bestimmten Bedingungen solchen Zwang als gesollt setzt, anordnet, statuiert; und die Norm gilt, dieses Rechtsfaktum existiert, auch wenn die kausale Kette des Seins, wenn die Motivationsreihe menschlichen Verhaltens ein Faktum gleichen Inhalts nicht aufweist, wenn der Zwang — rechtswidrig — unterbleibt. Nicht das Gesetzgebungs- oder Exekutivorgan ist, wie die juristische Durchschnittsvorstellung, ohne sich der rechtslogischen Grundbeziehung bewußt zu werden, annimmt, die „Obrigkeit“, sondern ausschließlich und allein die das Gesetzgebungs- oder Exekutivorgan delegierende Rechtsordnung; und dieser Beziehung muß man stets eingedenk bleiben, wenn man überhaupt jene Personifikation verbindlicher Normen verwenden darf. Nur insofern ist eine primitive Rechtsgemeinschaft ohne „Obrigkeit“, als sie ohne arbeitsteilig fungierende Gesetzgebungs- und Exekutivorgane ist.

Allerdings kann zugegeben werden, daß mit der faktischen Existenz eines speziellen Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsapparates die Betätigung einer vom Inhalt der Rechtsordnung abweichenden, sozusagen eigengesetzlichen „Macht“ möglich wird, die eben wegen dieser Differenz nicht als Rechtsmacht empfunden wird. Der Zwangsapparat, die zur Erzeugung des Rechtes (in seiner generellen Form), vor allem aber die zur Durchsetzung des Rechtes, zur Realisierung des Zwanges berufenen Menschen werden in Verfolgung ihrer Eigeninteressen gegenüber den anderen zu einem selbständigen Machtfaktor, zu dem die Untertanen beherrschenden „Staat“. Nur daß eben diese unbezweifelbare soziologische Tatsache außerhalb aller rechtlichen Erkenntnis steht.

Die Völkerrechtsgemeinschaft, so wie sie sich nach der Hypothese vom Primat des Völkerrechts darstellt, ist — vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkt betrachtet — eine primitive Rechtsgemeinschaft und in diesem Sinne, aber nur in diesem kein „Staat“. Sie entbehrt vor allem eines besonderen Organs zur Fortbildung der konstituierenden Rechtsordnung. Falsch ist es aber, wenn die herrschende Lehre behauptet, sie habe überhaupt kein Organ geschaffen, welches berufen ist, den Staaten Rechte zu setzen. Denn

wie sollte es dann überhaupt zu einer Fortbildung des Völkerrechts kommen? Wird das Völkerrecht nach herrschender Auffassung unmittelbar von den Staaten selbst erzeugt, dann müssen eben diese als Organe der Rechtserzeugung angesehen werden. Daß in den rechtsgeschäftlichen Akten der Staatenverträge zugleich Akte der Rechtssatzung zu erblicken sind, kann nur insoweit bedenklich erscheinen, als man nicht die durchgehende Verbindung von Rechtssatzung (Erzeugung) und Rechtsanwendung (Rechtsgeschäft) erkannt hat. Auch der Gesetzgebungsakt des Parlamentes ist unter dem Gesichtspunkt der ihn regelnden Verfassung Rechtsgeschäft, weil Rechtsanwendung, und auch das kleinste Rechtsgeschäft, der individuellste Vertrag zwischen zwei konkreten Subjekten ist Rechtssatzung, Erzeugung individuellen bisher noch nicht vorhandenen Rechtes. Die mangelnde Einsicht in diese stufenweise Abfolge der Rechtserzeugung von der Verfassung (im rechtologischen Sinne) bis zum Rechtsgeschäft, in diese schichtenweise Konkretisierung des Rechtes aus seiner allgemeinsten in seine besonderste Form hat auf dem Gebiete der Völkerrechtstheorie zu jenem kuriosen Gebilde der „Vereinbarung“ geführt, die als „rechtsnormativer“ Akt dem „rechtsgeschäftlichen“ Vertrag entgegengesetzt wird und die, zum Unterschied von letzterem, die ausschließliche Fähigkeit haben soll, Rechtsnormen zwischen den vereinbarenden Parteien zu setzen<sup>1)</sup>. Das kann aber — und tut —

<sup>1)</sup> Vgl. BLUNTSCHLI a. a. O. S. 231 (§ 402, Anm.). „Verschieden von den Verträgen, welche besonderes Vertragsrecht unter den Vertragsparteien begründen, ist eine völkerrechtliche Uebereinkunft mehrerer Staaten, welche eine allgemeine Rechtsregel ausspricht. Im letzteren Falle ist das pactum instar legis und es entsteht dem Inhalte nach Gesetzesrecht, wenn auch in der vielköpfigen Form der Vereinbarung.“ Auch BERGBOHM, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1877, unterscheidet Staatsverträge, die als „Rechtsgeschäfte Berechtigungen der Staaten begründen oder aufheben“ und Staatsverträge, die „Rechtssätze, abstrakte Regeln“ enthalten, „welche die Staaten als gemeinsame Normen ihrer Handlungen für die Zukunft ausdrücklich vereinbaren“. „Die Staaten sind in Ansehung solcher Verträge nicht Rechtssubjekte, sondern rechtbildende Faktoren.“ A. a. O. S. 79, 81.

BINDING, auf dessen Untersuchungen die neuere Vereinbarungstheorie beruht, legt größten Wert darauf, Vertrag und Vereinbarung als zwei verschiedene Tatbestände voneinander deutlich zu scheiden (a. a. O. S. 203 ff.). Zweifellos ist der übliche Begriff des Vertrages zu eng, um alle Fälle zu decken, in denen an eine — irgendwie zur Einheit zusammengefaßte — Mehrheit von Willensäußerungen Rechtsfolgen geknüpft sind. Gewiß, ein Kaufvertrag und die Wahl eines Abgeordneten sind sehr verschiedene Tatbestände. Nach dieser Richtung hat sich BINDING großes Verdienst gegenüber der älteren Theorie erworben. Zweifelhaft ist nur, ob man, um die ganze Fülle der Erscheinungen

jedes Rechtsgeschäft, indem es mehr oder weniger generelle oder individuelle Rechtsnormen zwischen den Parteien neu schafft. Dabei wäre es gewiß falsch, dem Rechtsgeschäft grundsätzlich nur die Erzeugung individueller Normen zuzuerkennen. Hier liegt gegenüber dem Gesetzgebungsakt bloß ein gradueller, kein prinzipieller Unterschied vor. Auch daß durch Rechtsgeschäft nur subjektives, nicht objektives Recht geschaffen werden könne, begründet keinen prinzipiellen Gegensatz zu den rechtssetzenden Akten des Gesetzes oder der Gewohnheit. Denn der Unterschied von objektivem und subjektivem Recht fällt überhaupt nur dann in den Bereich juristischer Erkenntnis, wenn er mit dem zwischen der allgemeinen, generellen und der besonderen, individuellen Norm zusammenfällt. Nur wenn auch das subjektive Recht — Recht, das heißt aber: wenn es Norm ist, kann es juristisch, nämlich von jenem Standpunkt begriffen werden, von dem aus auch das objektive Recht erfaßt wird. Rechtsgeschäft ist ein Akt, sofern er seine rechtserzeugende Kraft nicht aus sich selbst, sondern aus einer höheren Norm hat, die ihn einsetzt, delegiert. Natürlich kann auch die sog. „Vereinbarung“ nicht auf eine sie einsetzende Norm des gemeinen Völkerrechts verzichten. Und es muß ernstlich bezweifelt werden, ob dies eine andere Norm sein kann als der Satz *pacta sunt servanda*, der Vertragsrechtssatz. Wobei die Möglichkeit zugegeben werden kann, zwischen einem Vertrag im engeren Sinne und einer Vereinbarung zu unterscheiden, sofern sich das Bedürfnis geltend macht, verschiedene Tatbestände von Willenseinigungen zu differenzieren. Jedenfalls aber fallen der Vertrag in einem engeren Sinne und die Vereinbarung ebensowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgeschäfts oder der Rechtsanwendung wie der Rechtssetzung, Rechtserzeugung zusammen. Was das Völkerrecht — wie jedes primitive Recht — kennzeichnet, ist der Umstand, daß zwischen die notwendigerweise hypothetisch vorausgesetzte Ursprungsnorm — und in deren Voraussetzung liegt die einzige reine, mit keinem Akt der Rechtsanwendung verbundene Satzung — und das auch rechtserzeugende Rechtsgeschäft des Vertrages oder der Vereinbarung

zu erfassen, mit dem Dualismus von Vertrag und Vereinbarung das Auslangen finden kann, und ob nicht innerhalb der von BINDING als „Vereinbarung“ zusammengefaßten Tatbestände ebenso große Differenzen bestehen wie zwischen seiner Vereinbarung und dem Vertrag im engsten Sinne. Indes kommt dies hier nicht in Frage. Entschieden abgelehnt werden muß in diesem Zusammenhange nur die These BINDINGS, daß lediglich die Vereinbarung, nicht der Vertrag zur Schöpfung objektiven Rechtes tauglich sei (a. a. O. S. 213 ff.).

Vgl. auch die übersichtliche Darstellung bei HEILBORN a. a. O. S. 40. Sehr charakteristisch ULLMANN a. a. O. S. 45 ff.



kein speziell der generellen Rechtserzeugung dienendes Zwischenstadium, kein durch ein besonderes Organ zu besorgender Gesetzgebungsprozeß, so wie er in der einzelstaatlichen Rechtsordnung üblich, eingeschaltet ist. Dieses äußerliche und unwesentliche Moment hat die Theorie verwirrt und zu dem Begriff einer spezifisch rechtserzeugenden Vereinbarung geführt, die kein Rechtsgeschäft sein will und doch nur Rechtsfolgen hat, weil ein höherer Rechtssatz ihr solche einräumt<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Die Rückführung der Geltung einer individuellen Norm — z. B. jener des Rechtsgeschäftes — auf eine „höhere“ — etwa auf den „über“ dem Rechtsgeschäft stehenden generellen Rechtssatz des bürgerlichen Gesetzbuches — und der immer weitergehende Regreß vom Gesetz zur Verfassung (im üblichen Sinne) und von dieser wieder bis zur Ursprungsnorm (der Verfassung im rechtslogischen Sinne) bedeutet die Herstellung der System-Einheit. Es wäre der Verzicht auf diese — und damit die Aufhebung der Rechtserkenntnis — wenn man etwa irgendein Rechtsgeschäft, den Verwaltungsakt, einen Vertrag oder eine Vereinbarung aus sich selbst heraus rechtlich wirken lassen wollte. Das wird freilich immer wieder versucht; so auch von BINDING. Dieser unterscheidet zwischen Vereinbarungen, die „innerhalb des Kreises einer Rechtsquelle“ und solchen, die „außerhalb“, also im rechtsfreien Raum abgeschlossen werden. Obgleich er erklärt: „Im ersteren Falle wird ihre Zulässigkeit und ihre rechtliche Wirkung durch das Recht der Rechtsquellen festgestellt, in deren Herrschaftskreis die Vereinbarung gebildet wird“ (a. a. O. S. 225), leugnet er dennoch den rechtsgeschäftlichen Charakter auch dieser Vereinbarung. Ihm scheint es „eine ganz unmögliche Vorstellung“, daß die Vereinbarung „durch die Rechtsquelle, in deren Bereich sie sich vollzog, ihre Kraft der Bindung erhalten hätte“ (a. a. O. S. 236). BINDING glaubt an eine „originäre“ rechtserzeugende, rechtsverbindliche Kraft nicht nur der Vereinbarung im rechtsleeren Raum, sondern auch der durch eine staatliche Rechtsordnung als Bedingung von Rechtsfolgen eingesetzten Vereinbarung. Hier liege nur die Anerkennung und Bestätigung einer — sozusagen a priori gegebenen Rechtskraft, einer Rechtskraft an sich — durch die Rechtsordnung vor! (a. a. O. S. 236/7.) Ja, BINDING behauptet dies auch vom Vertrag und schließlich von jedem Rechtsgeschäft, wenn er den Satz in Frage stellt, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes sei davon abhängig, daß es unter einem objektiven Rechte zum Abschluß kommt (a. a. O. S. 237, Anm. 84). Das heißt, auf jedes einigende Band, auf jede systematische Einheit der Rechtserscheinungen verzichten. Jedes Rechtsgeschäft stellte ein selbständiges und isoliertes System für sich dar, das in keiner Beziehung zu einem anderen stünde. Diese Beziehung wird aber durch den von BINDING abgelehnten Regreß auf eine höhere Stufe hergestellt. Da die — nach BINDING — das Völkerrecht erzeugenden Vereinbarungen, deren es doch sehr viele gibt, in irgendeiner Einheitsbeziehung stehen müssen, da ja sonst die auf diesem Wege erzeugten Normen nicht das auch von BINDING als Einheit vorausgesetzte System des Völkerrechts bilden könnten, muß man zu einer all diese Vereinbarungen als „Rechtsquellen“ einsetzenden Urhypothese greifen, wenn man die Norm *pacta sunt servanda* hier nicht als Gewohnheitsrechtssatz gelten lassen will.

Die Völkerrechtsgemeinschaft hat — wenn man von gewissen Entwicklungsansätzen absieht — keine besonderen Exekutivorgane. Irrig aber wäre — was in der Literatur mitunter geschieht — die Möglichkeit völkerrechtlicher Akte von Rechtsdurchsetzung, die Existenz jedes völkerrechtlichen Zwanges und jedes Exekutionsorganes zu leugnen. Ist der Krieg eine völkerrechtliche Tatsache, d. h. soll er überhaupt als rechtliches Phänomen erfaßt werden — und dies ist in der Regel die Absicht der Völkerrechtstheorie<sup>1)</sup> — dann kann er nicht anders denn als das von der Völkerrechtsordnung zu ihrer Durchsetzung gegen ihre Verletzer eingesetzte Zwangsmittel angesehen werden. Als „ein erlaubtes Mittel zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen“<sup>2)</sup> wird der Krieg für gewöhnlich bezeichnet. STRISOWER hat kürzlich gegen den modernen Nihilismus, der den Krieg als eine Erscheinung „jenseits von Recht und Unrecht“ ansieht, wieder den Beweis des „orthodoxen“ Satzes erbracht, „daß nach geltendem Völkerrechte der Krieg nur zum Schutze eines Rechtes von seiten des zu diesem Schutze berufenen Staates zulässig ist“<sup>3)</sup>. Diese Durchschnittsmeinung bedeutet aber — von ihrer subjektivistischen Formulierung abgelöst — daß der Krieg der von der Völkerrechtsordnung angeordnete (nicht bloß „erlaubte“) Zwangsakt zur Durchsetzung des (objektiven und nicht bloß des subjektiven) Rechtes sei. Denn daß der Krieg als Akt der Selbsthilfe bloß „erlaubt“ in dem Sinne des Nicht-Verbotenseins wäre, behauptet auch STRISOWER nicht. „Er ist kein bloßes Stück der vom Rechte nicht eingeschränkten natürlichen Handlungsfreiheit, sondern der unter den gegebenen Verhältnissen von ihm auch gewollten, als richtig befundenen Handlungsfreiheit“<sup>4)</sup>. Dieses positive

<sup>1)</sup> Soll der Krieg als ein Akt des Staates begriffen, d. h. dem Staate zugerechnet werden können, muß er als Inhalt einer Rechtsnorm erscheinen, d. h. von der die Zurechnung zum Staat allein vollziehenden Zurechnungsregel erfaßt werden. Positiv rechtlich muß die Verfassung gewisse, staatliche Organe zur Kriegführung stillschweigend oder ausdrücklich ermächtigen, damit der Staat rechtlich Krieg führen könne. In diesem Sinne muß der Krieg — vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung, dem sogen. staatsrechtlichen Standpunkt — als Akt der staatlichen Exekutive gelten. Es ist darum gänzlich verfehlt, wenn JELLINEK (Staatslehre, S. 610 f.) in der Lehre von den Staatsfunktionen den Krieg nicht als normale, sondern als außerordentliche Staatsfunktion bezeichnet, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung oder Verwaltung ist (letzteres insbesondere gegen MARTENS, Völkerrecht II. S. 448 f., 477) und erklärt, der Krieg stehe „außerhalb einer jeden Rechtsordnung“. Ja, wie soll man dann den Krieg als Akt des Staates begreifen, d. h. auf die Einheit der Rechtsordnung beziehen können?

<sup>2)</sup> HEILBORN a. a. O. S. 24.

<sup>3)</sup> Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, 1919, S. III, 128.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 50.

Erlauben muß aber als ein Sollen nachgewiesen werden, welche Funktion allein der Rechtsordnung zukommt. Dieses „Erlauben“ ist gleichbedeutend mit einem Sollen, das auf das Ermessen des Sollenden abgestellt ist. Der von der Völkerrechtsordnung zum Kriege „Berufene“ — das ist der Verletzte, kann aber auch mit Zustimmung des Verletzten ein anderer sein <sup>1)</sup> — soll gegen den Verletzer des Völkerrechts das Zwangsmittel des Krieges geltend machen, jedoch nach eigenem Ermessen; wobei dieses Ermessen bloß insofern eingeschränkt ist, als der Krieg nur im Falle einer Rechtsverletzung geführt werden darf. Der Krieg ist darum nicht nur subjektiv, wie STRISOWER meint, sondern auch objektiv ein Rechtsmittel, „ein von der Rechtsordnung geschaffenes Mittel, um das Recht zur Geltung zu bringen“ <sup>2)</sup>. Denn wenn, wie STRISOWER zugibt, der Krieg subjektiv für den Staat ein Rechtsmittel ist, und die Rechtsordnung ihn „in dieser Richtung sanktioniert“, dann ist er schon durch diese Sanktion zu einem objektiven Rechtsmittel geworden.

Ein anderer als ein durch das Völkerrecht gebotener (oder positiv erlaubter) Krieg ist rechtlich ein Gewaltakt, ist entweder rechtlich überhaupt nicht erfaßbar oder — Unrecht, Völkerrechtsverletzung. Dies natürlich auch dann, wenn es ein siegreicher Krieg ist. Nicht einen Rechtsgedanken, sondern das nackte Machtprinzip proklamiert KAUFMANN mit seiner Lehre, es stelle sich „der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm heraus, die darüber entscheidet, welcher der Staaten Recht hat“ <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 52.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 51.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 153. Diese Deutung des siegreichen Krieges ist nur die Konsequenz des von KAUFMANN für das Völkerrecht aufgestellten Grundsatzes: „Nur der, der kann, darf auch“ (a. a. O. S. 151); hier kommt das reine Machtprinzip noch deutlicher zum Ausdruck. Vielleicht ist es trotz der Kritik, die NELSON (a. a. O. S. 144 ff.) an KAUFMANN'S Theorie geübt hat, nicht überflüssig, auch in diesem Zusammenhange dessen Anschauungen über den Krieg und seine Beziehung zum Wesen des Staates anzumerken: „Nicht die Gemeinschaft frei wollender Menschen, sondern der siegreiche Krieg ist das soziale Ideal: Der siegreiche Krieg als das letzte Mittel zu jenem obersten Ziel. Im Krieg offenbart sich der Staat in seinem wahren Wesen, er ist seine höchste Leistung, in dem seine Eigenart zur vollsten Entfaltung kommt . . .“ (a. a. O. S. 146). KAUFMANN hat nur die letzten Konsequenzen der die deutsche Staatsrechtslehre beherrschenden Machttheorie ausgesprochen. Freilich hat er damit nichts sonderlich neues gelehrt. Schon PÜTTER schrieb (a. a. O. S. 18), das Völkerrecht auf der Souveränität begründend und die staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts mit der Machttheorie verbindend: „Es kann nämlich, wenn souveräne Völker in solchen Zwist und Streit geraten, nie die Frage sein, ob eines oder welches von beiden Unrecht habe, sondern beide haben das Recht, ihren allzeit für gerecht zu achtenden, recht-

Daß ein Staat jederzeit und aus jedem beliebigen Motive, ohne damit den Anspruch zu erheben, das von dem Gegner verletzte Völkerrecht durchzusetzen, Krieg führen dürfe, kann — trotzdem dies in der Völkerrechtsliteratur geschieht — als Rechtsatz des Völkerrechts nicht behauptet werden, ohne daß damit das Völkerrecht sich selbst aufheben, sich selbst negieren würde. Daß es an einer Instanz mangelt, die in objektiver Weise die Rechtsverletzung — als Bedingung des Exekutionsaktes — feststellt, ist zwar ein schwerer praktisch-politischer Mangel, aber kein grundsätzliches Hindernis für eine theoretische Konstruktion des rechtmäßigen Krieges als des völkerrechtlichen Zwangsaktes. So wie in jeder primitiven Rechtsordnung, fungiert auch hier das verletzte Subjekt selbst als Organ der Rechtsgemeinschaft<sup>1)</sup>.

Der Mangel spezifischer Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsorgane verführt die Völkerrechtstheorie zu der Lehre, die Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft seien zwar einer über ihnen stehenden Rechtsordnung, nicht aber einer über ihnen stehenden Macht oder Gewalt unterworfen; letzteres, nicht aber ersteres sei mit ihrer Souveränität unvereinbar. Um nur ein Beispiel aus vielen zu zitieren, sei hier der bekannte Völkerrechtslehrer OPPENHEIM erwähnt, der im allgemeinen eine dem Primat der Völkerrechtsordnung außerordentlich nahestehende Anschauung vertritt. Er sagt: „Souveränität als höchste irdische Autorität, welche vor keiner anderen Gewalt sich zu beugen hat, schließt nicht aus, daß der Souverän sich einer selbstgesetzten Ordnung unterwirft, solange diese Ordnung ihn nicht einer höheren irdischen Ordnung unterstellt“<sup>2)</sup>.

und verfassungsmäßig gefaßten Staatswillen mit aller Macht und Gewalt rechtlich auszuführen. Durch den Krieg aber, der sich dadurch, daß die Gewalttätigkeiten auf das geringste zur Ueberwältigung des feindlichen Staatswillens nötige Maß beschränkt werden, zum förmlichen Rechtsmittel gestaltet, kommt es dann zur Entscheidung und zur Erkenntnis — im Friedensschluß — nicht sowohl, welcher Staat in diesem einzelnen Falle Recht hat, als welcher recht ist, wessen und welches Recht das wahre und rechte — gottwohlgefällige. Denn Er selbst, der Allgerechte, Allmächtige, der den Völkern den Geist und mit und in ihm die Macht und Gewalt, das Reich und die Herrlichkeit auf Erden gibt: Er selbst spricht ihnen das Urteil: Die Weltgeschichte ist sein Weltgericht!“ Ist das noch HEGELS Geschichtsphilosophie? Oder wird hier nicht der aufrichtige Zynismus der Gewalt: „Gott ist bei den stärkeren Bataillonen“, in dem Gewand einer „Rechts“theorie versteckt.

<sup>1)</sup> ULLMANN a. a. O. S. 25: „Die spezifische Form der Zwangsreaktion im Völkerrecht ist die Selbsthilfe, das äußerste internationale Zwangsmittel der Krieg.“ Ob dieses Zwangsmittel den Charakter der „Strafe“ habe, ist natürlich nebensächlich. Für die Konstruktion des Kriegs als Rechtsprozeß finden sich Belege bei LASSON a. a. O. S. 171.

<sup>2)</sup> Die Zukunft des Völkerrechts, in: Festschrift für BINDING, I. Bd., 1911, S. 152.

Und HEILBORN betont immer wieder, daß die Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft einer übergeordneten Rechtsordnung, nicht aber einer übergeordneten Gewalt unterworfen seien <sup>1)</sup>. Aus dem Vorhergesagten ergibt sich das Fehlerhafte dieser Vorstellung von selbst. Für die juristische Erkenntnis gibt es keine andere „Macht“, keine andere „irdische Gewalt“, als die der Rechtsordnung. Wäre Rechts-erzeugung und Rechtsdurchsetzung auch im Völkerrecht spezifischen Organen übertragen, so wären die einzelnen Staaten rechtlich dennoch keiner anderen Macht oder Gewalt unterworfen als der über ihnen vorausgesetzten Völkerrechtsordnung; so wie ja auch im Einzelstaate der Untertan vom Standpunkt juristischer Erkenntnis nicht den das Parlament bildenden, nicht den als Richter oder Verwaltungsbeamte fungierenden Menschen, sondern einzig und allein der Rechtsordnung unterworfen ist, als deren Werkzeuge, als deren Vermittler diese „obrigkeitlichen Personen“ nur in Betracht kommen. Wenn es mit der Souveränität des Einzelstaates unvereinbar sein soll, daß ein besonderes Exekutivorgan der Völkerrechtsgemeinschaft gegen den das Völkerrecht verletzenden Staat den völkerrechtlich gebotenen Zwang übt, warum sollte dann mit dieser Souveränität vereinbar sein, daß der verletzte Staat gegen den Verletzenden einen siegreichen Krieg führt und so einen Zwang ausübt, dessen Faktizität über allen Zweifeln steht und dessen Ausmaß weit über jenen Zwang hinausgehen kann, den die einzelstaatliche Rechtsordnung gegen ihre Untertanen anordnet, zumal wenn man zugeben muß, daß für eine juristische Beurteilung der Kriegshandlung diese nur als völkerrechtliche Exekution gelten kann. Wenn der harte Zwang eines verlorenen Krieges mit der Souveränität des Besiegten vereinbar ist — und welcher Völkerrechtsjurist würde dies in Zweifel ziehen? — dann ist unverständlich, was ein unter Umständen viel weniger weitgehender Zwangsakt der Souveränität anhaben kann, wenn er nicht vom Verletzten selbst, sondern von einer objektiven Instanz ausgeht, die nicht anders, ja noch viel offenkundiger als Organ der Gesamtheit fungiert. Gar dann, wenn solche Institution auf vertragsmäßig gesetzter Norm, also — wie die übliche juristische Fiktion in solchem Falle anzunehmen pflegt — auf dem eigenen Willen des Gezwungenen beruhen würde. Der Unterschied zwischen „organisiertem“ und nicht organisiertem Zwang kann doch so groß nicht sein. Und dennoch ist sicher, daß sich dabei die Souveränität nicht aufrecht halten läßt; aber nicht nur in dem einen, sondern auch in dem anderen Falle, und nicht, weil der Staat einem Zwange, sondern weil er einer Rechtsordnung unterworfen ist, die ihn — mittels Zwangsandrohung — verpflichtet.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 11, 13.

## § 55.

## Korporation und Sozietät.

Die Argumentation gegen die *civitas maxima* tritt häufig auch im Gewande jener bekannten Lehre auf, die zwischen Sozietät und Korporation, Gesellschaft und Autoritätsverband, Gemeinschaft und Gemeinwesen einen wesentlichen Unterschied behauptet. Nur der Einzelstaat, nicht aber der Staatenverband habe den Charakter einer Korporation, eines Autoritätsverbandes oder Gemeinwesens. Das Völkerrecht konstituiere nur eine Sozietät, eine Staaten *g e m e i n s c h a f t*, der eben darum juristische Persönlichkeit mangle. Es würde zu weit führen, hier die radikalen Irrtümer der Korporations- und Sozietätstheorie prinzipiell aufzudecken. Es genügt, ihre Anwendung auf das Völkerrecht zu widerlegen, zumal sie hier im Wesen mit der eben dargestellten Theorie vom Unterschied des organisierten und nicht organisierten Verbands zusammenfällt. Von einem Gemeinwesen im Gegensatz zu einer bloßen Gemeinschaft will man nämlich dann sprechen, wenn in der Verbindung ein von dem Willen der einzelnen verschiedener, von ihnen unabhängiger und zu ihnen möglicherweise in Widerspruch tretender Gemeinwille besteht, während eine bloße Gemeinschaft vorliegt, wenn die Verbindung keinen von dem Willen aller Verbundenen verschiedenen Willen und somit auch keine selbständige Persönlichkeit hat<sup>1)</sup>. In dem selbständigen „Willen“ des Gemeinwesens erblickt man auch die über dem einzelnen errichtete und der Gemeinschaft fehlende „Herrschaft“, weshalb man auch von einem Herrschafts- oder Autoritätsverband spricht. Einen solchen „Gemeinwillen“ über den Einzelstaaten wäre man erst dann geneigt anzunehmen, wenn die Völkerrechtsgemeinschaft besondere Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsorgane, ein Weltparlament oder ein Weltgericht aufwiese. So schließt z. B. LISZT — in dieser speziellen Frage allerdings im Widerspruch zu HEILBORN und der ganzen herrschenden Lehre — aus der Institution der Fluß- und Sanitätskommissionen, insbesondere aber aus der Bestimmung des Haager Abkommens betr. Errichtung eines internationalen Prisengerichtshofes auf die Tendenz der Völkerrechtsordnung, aus einer bloßen Sozietät zu einer Korporation zu werden, und erklärt: „Ein Staatenverband, der ein über den nationalen Staaten stehendes Weltgericht einsetzt, der hat Anspruch darauf, nicht bloß als eine Gemeinschaft, sondern als ein Gemeinwesen, nicht bloß als ein Personenverband, sondern als eine Verbandspersönlichkeit von den Juristen konstruiert zu werden“<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. statt vieler HUBER a. a. O. S. 112 und HEILBORN a. a. O. S. 33 ff.

<sup>2)</sup> Das Wesen des völkerrechtlichen Staatenverbandes und der internationale Prisenhof, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Gierke III. Bd.,

Und HUBER sagt: „Daß die sogenannte Staatengemeinschaft, die Gesamtheit der das Völkerrecht anerkennenden Staaten nicht als Gemeinwesen betrachtet werden kann, wenn man nicht etwa der Gemeinschaft der Großmächte eine Herrschaft über die übrigen Staaten zuschreiben will, steht wohl außer Zweifel. Aber auch die bestehenden Unionen, zu denen diejenige betreffend das Prisengericht gehört und diejenige für die *cour de justice arbitrale* gehören würde, stellen keine Gemeinwesen dar . . . Es ist nicht der Zweck dieser Unionen, einen auf irgendwelche Weise gebildeten Kollektivwillen dem Willen der einzelnen Staaten gegenüberzustellen. Das internationale Prisengericht z. B. fungiert nicht als Organ der gesamten an der Konvention beteiligten Staaten, sondern lediglich als Gericht für die in jedem einzelnen Falle berechtigten und verpflichteten Staaten“<sup>1)</sup>.

Man pflegt das juristische Wesen bloßer Sozietät in ihrem Vertragscharakter am prägnantesten ausgedrückt zu finden; und die sozietäre, eine *civitas maxima* gänzlich ausschließende Natur des Völkerrechts kommt in keinem anderen Satze schärfer zum Ausdruck als in dem LISZTSchen Paradoxon: das Völkerrecht ist Vertrag. Tatsächlich scheint der Vertrag das Urbild einer Rechtsverbindung, einer Spezialrechtsordnung zu sein, die keinen anderen Willen als den der verpflichteten Parteien kennt, in der es nichts gibt, was einem über den Einzelwillen stehenden, von diesen verschiedenen oder gar ihnen entgegengesetzten Gesamtwillen, einer von der *volonté de tous* differierenden *volonté générale* auch nur ähnlich sieht. Doch dieser Schein trügt! Nur oberflächliche Betrachtung kann den Einzelwillen der vertragschließenden, den Vertragstatbestand setzenden Subjekte die rechtserzeugende Kraft letzten Endes zusprechen. Diese ruht in der über den Parteien stehenden, von ihrem Willen gänzlich unabhängigen Vertragsrechtsnorm. Wäre dem anders, wie käme es sonst, daß nach Abschluß des Vertrages die einseitige Aenderung des „Willens“ einer der vertragschließenden Parteien keineswegs eine Aenderung des Vertrages, d. h. der an den Vertragstatbestand geknüpften Pflichten und Rechte herbeiführen kann? Tritt hier nicht der Vertrag als ein von den Einzelwillen der Parteien verschiedener, zu diesen — falls sie sich in anderer als der vom objektiven Recht vorgeschriebenen Weise ändern — in Widerspruch tretender, höherer

---

1910, S. 44. LISZT fügt hinzu: „Passt zu dieser Konstruktion der alte überlieferte Souveränitätsbegriff nicht mehr, dann muß er eben abgeändert werden“. Das ist eine sehr bedeutsame Verschiebung seines im „Völkerrecht“ vertretenen Standpunktes!

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 113.

„Wille“ entgegen? Freilich ist dieser „Wille“ etwas anderes als der psychologische Akt, der den rechtlichen Tatbestand bildet; so wie ja die auch als „Wille“ bezeichnete Rechtsordnung kein psychischer Wille ist. Dieser objektive Vertragswille ist eben selbst eine Rechtsordnung, eine Teilrechtsordnung, deren objektive Geltung aus der Gesamtrechtsordnung stammt, deren Teil sie ist. Die Objektivität dieser Geltung aber ist es, die die Vertragsordnung als einen von den Willen der Parteien verschiedenen Willen vorzustellen und darum diesen „Vertrag“ ebenso zu personifizieren, d. h. als Person zu veranschaulichen, demnach als ein Gemeinwesen anzusprechen erlaubt, wie einen — auch nur vertragsmäßig entstandenen — Verein.

Die Vorstellung eines Gemeinwesens zum Unterschied von bloßer Gemeinschaft, die Vorstellung einer Ordnung als selbständiges Wesen ist nichts anderes als eine veranschaulichende Personifikation, in der die Objektivität der Ordnungsgeltung sinnfälligen Ausdruck erhält. Diese Vorstellung ist im Bereiche des Rechtes identisch mit der Vorstellung der Ordnung als einer juristischen Person, als eines Rechtssubjektes. Die Frage kann hier dahingestellt bleiben, warum die Rechtstheorie nicht jede Teilrechtsordnung zu personifizieren geneigt ist — die vulgäre Rechtssprache (der Ursprung des ganzen Personifikationsproblems) macht solche Unterschiede nicht; es genügt festzustellen, daß nicht, wie die Sozietäts- und Korporationstheorie behauptet, grundsätzliche Unterschiede aufzufinden sind, sondern daß es sich lediglich um verschiedene Grade des Veranschaulichungs-, Vereinfachungsbedürfnisses handelt. Dies aber kann jedenfalls als gesichertes Resultat dieser Untersuchung behauptet werden: Daß die Frage, ob der Staatenverband des Völkerrechts ein Gemeinwesen sei — sofern dies von der Existenz eines von den Willen der Einzelstaaten verschiedenen, einheitlichen Gesamtwillens abhängt — zu bejahen ist ohne Rücksicht darauf, ob die Völkerrechtsgemeinschaft eine organisierte oder eine nicht organisierte Ordnung ist und ob die besonderen Organe der Legislative oder Exekutive sich unmittelbar aus Einzelmenschen zusammensetzen, ob ein spezieller Staat oder ein Kollegium bestimmter Staaten als Rechtserzeugungs- oder Durchsetzungsorgan fungiert. Gewiß mag die Vorstellung eines von den Willen der einzelnen verschiedenen „Willens“ näher liegen, wenn dieser „Wille“ nicht in dem Zusammenwirken aller erzeugt wird, sondern wenn ein einzelner oder nur ein Teil der Rechtsunterworfenen zur Erzeugung dieses „Willens“ delegiert ist. Allein diese „Erzeugung“ ist nicht maßgebend. Ob der zur Fortbildung oder Durchsetzung der Ordnung erforderliche „Wille“ verfassungsmäßig durch den Beschluß der Mehrheit gebildet wird oder ob



ein einstimmiger Beschluß erforderlich ist (Vertragsprinzip), stets kann der empirische Wille des einzelnen in Widerspruch zu dem maßgebenden Rechtswillen geraten. Nie ist der Rechtsunterworfenen an den eigenen psychischen Willen, sondern an den übergeordneten Rechtswillen gebunden und diese rechtliche Bindung kann nicht faktische Willensänderung des einzelnen verhindern, selbst wenn dieser an der Bildung des Rechtswillens mit einer zustimmenden Willensäußerung beteiligt war.

Die Hinfälligkeit des ganzen Gegensatzes von Gemeinschaft und Gemeinwesen in seiner Anwendung auf den Staatenverband zeigt sich auch darin, daß jede organische Institution eines arbeitsteilig funktionierenden Gesetzgebers oder -vollziehers nach der geltenden Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft nur durch vertragsmäßige Satzung geschaffen werden, daß aber ein Vertrag jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann. Bleibt die Betrachtung an der Oberfläche dieses Vertragstatbestandes haften, dann ist der Schein bloßer Gemeinschaft, bloßer Sozietät gegeben. Geht man aber auf den eventuellen Inhalt des Vertrages ein, dann zeigt sich — falls etwa ein internationales Gericht, das mit Mehrheitsbeschluß zu judizieren hat, vereinbart wird — der herrschenden Lehre das Bild eines Gemeinwesens mit selbständigem Willen und juristischer Persönlichkeit. Je nachdem ob man sein Augenmerk auf das eine oder andere Moment dieses doch offenbar zusammengehörigen Rechtskomplexes richtet, ändert sich die prinzipielle Konstruktion. So erklärt sich, daß das internationale Prisengericht von LISZT als Symptom für die Existenz eines Gemeinwesens, von HUBER aber als Beweis für den Gemeinschaftscharakter genommen wird. Was speziell HUBER vom Prisengericht sagt, daß es lediglich als Gericht für die in jedem einzelnen Falle berechtigten und verpflichteten Staaten fungiere, das könnte man natürlich auch von jedem innerstaatlichen Gerichte sagen und zwar keineswegs bloß etwa von einem innerstaatlichen Schiedsgericht. Wenn letzteres ebenso wie das in engerem Sinn staatliche Gericht als Organ der Gesamtheit gelten kann und muß, so liegt das daran, daß es ebenso wie das andere durch die einheitliche einzelstaatliche Rechtsordnung eingesetzt ist. Das ist die juristisch entscheidende Beziehung. Der rechtsinhaltliche Unterschied in der Art der Einsetzung beider Gerichte ist von untergeordneter Bedeutung; wesentlich ist, weil allein für den Rechtscharakter maßgebend, die Beziehung auf dieselbe Einheit. Und diese Beziehung auf die Einheit der Rechtsordnung, das Verhältnis zu dem einen Bestandteil des objektiven Völkerrechts, der die Staatengemeinschaft konstituierenden Völkerrechtsordnung bildenden Vertragsrechtssätze zwingt, auch den

Prisengerichtshof, zwingt, jede vertragsmäßig eingesetzte Institution als Organ des gesamten Gemeinwesens aufzufassen, auch wenn diese Institution nur einen territorial oder personal beschränkten Wirkungskreis hat.

HUBER führt auch die rechtliche Gleichheit der Staaten gegen die Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft zu einem Gemeinwesen, d. h. zum Weltstaat an. „... das gemeine Recht ist wie die ganze Staatengemeinschaft von Hause aus auf die Gleichheit begründet. Wenn dieses Prinzip angefochten wird, so rührt dies daher, daß in das heutige Völkerrecht Elemente eingeführt werden sollen, die einer dritten vom revolutionären Pazifismus postulierten Phase der Völkerrechtsentwicklung angehören würden, der zum Gemeinwesen gesteigerten Staatengemeinschaft.“ Da hier ein Gegensatz von Einzelwillen und Gemeinwille möglich sei, dränge der Gemeinwille zur Entwicklung eines Zwangsapparates. Dies bedeute Verlust der Gleichheit für die schwächeren Mitglieder. Eine solche Entwicklung liege überdies „gänzlich jenseits der Entwicklungsmöglichkeiten der universellen Staatengemeinschaft“<sup>1)</sup>. Und OPPENHEIM bemerkt: „Jede Organisation der Staatengemeinschaft muß ausgehen von der vollen Souveränität und absoluten Gleichheit der Staaten und muß diese charakteristischen Eigenschaften intakt erhalten. Darum kann keine Rede sein von einer politischen Zentralgewalt, welche über den einzelnen Staaten stünde und darum muß die Organisation eine solche sui generis sein und kann nicht nach dem Muster staatlicher Organisation sich gestalten“<sup>2)</sup>. Daß die Bildung arbeitsteiliger Organe innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft ebenso die Gefahr faktischen Machtmißbrauches und daher faktischer Unterdrückung des einen Subjekts durch die anderen ganz ebenso herbeiführen kann wie dies bei der einzelstaatlichen Gemeinschaft der Fall ist, soll keineswegs geleugnet werden. Kann aber vielleicht die faktische Gleichheit der Staaten behauptet und die faktische Vergewaltigung kleiner Staaten durch die Großmächte in Abrede gestellt, kann ernstlich das Prinzip der Gleichheit der Staaten als eine Regel sozialen Seins angesehen werden? Als Rechtsprinzip aber droht ihm durch die Ausbildung von Zentralorganen keinerlei Gefahr. Wird die rechtliche Gleichheit aller Staatsbürger etwa durch das Wesen der staatlichen Organisation aufgehoben oder nicht vielmehr gerade durch diese Organisation garantiert?

Diese Art von Beweisführung gegen den Weltstaat, die darzutun versucht, daß nicht nur die Gleichheit der Staaten, sondern auch ihre Freiheit, d. h. ihre Souveränität, mit einer *civitas maxima* un-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 116.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 156.

vereinbar sei, muß umso problematischer erscheinen, wenn man feststellt, daß sie gelegentlich auch zu einem entgegengesetzten Ziele hinführt. Die Völkerrechtstheorie der französischen Revolution hat unter dem Einfluß der Rechtsphilosophie ROUSSEAUS gerade aus der Souveränität der Staaten die über ihnen stehende, sie alle verbindende Weltrepublik deduziert. So hatte ja ROUSSEAU auf der Freiheit, der Souveränität des Individuums den Staat zu begründen versucht; der Gesellschaftsvertrag bot hierzu das konstruktive Mittel. (Im Grunde ist ja die heute herrschende Anerkennungstheorie nichts anderes als die Begründung der Staatengemeinschaft auf dem *contrat social*, den die Staaten als Individuen miteinander schließen.)

- In der berühmten ROUSSEAUSchen Fiktion der *volonté générale*, die ja nur der Ausdruck für die objektive Geltung der staatlichen Rechtsordnung ist, wurde freilich die „Freiheit“ der Individuen wieder aufgehoben. Der zur Weltrepublik führende Gedankengang aber war ungefähr der<sup>1)</sup>: Das sozusagen a priori gültige Prinzip der Souveränität (analog der angeborenen Freiheit der Menschen) bedeutet, daß der Staat eine freie Persönlichkeit sei. Also darf ihm niemand — auch kein anderer Staat — Gewalt antun. Folgt aus der Souveränität: die Verpflichtung jedes Staates, den andern unter gewissen Bedingungen zu respektieren; also: aus der Freiheit die Gebundenheit! Da der einzelne Staat nicht imstande ist, seine Souveränität allein zu wahren, gilt es, dieses solidarische Interesse aller Staaten durch den Völkerbund, durch die universelle Republik zu garantieren. So leitet man auf dem Wege angeblich logisch-juristischer Schlüsse aus der Souveränität — deren Aufhebung ab!

Deutlich tritt bei den „juristischen“ Argumentationen gegen die *civitas maxima* die Vertauschung des juristischen mit einem politischen Gesichtspunkt hervor. Nicht so sehr das rechtliche Wesen der Staatengemeinschaft klarzustellen, ist das Ziel, sondern gegen die Bildung von Völkerrechtssätzen bestimmten Inhalts, gegen eine gewisse materielle Entwicklung des Völkerrechts Stellung zu nehmen. Die Freiheit und Gleichheit der Staaten steht angeblich auf dem Spiel. Der Weltstaat sei, wie OPPENHEIM sagt, zwar physisch möglich, aber „in keiner Form praktisch brauchbar und erwünscht“, weil er „Tod anstatt Leben bringen würde“<sup>2)</sup>. Und in diesem Punkt treffen sich selbst Vertreter des Primates der Völkerrechtsordnung mit Leugnern des Völkerrechts wie LASSON: „Eine Rechtsordnung mit zwingender Gewalt wäre selbst ein Staat und die ihr unterworfenen Staaten wären nun vielmehr keine Staaten mehr, sondern Untertanen.“

<sup>1)</sup> Vgl. dazu REDSLOB, Das Problem des Völkerrechts, 1917, S. 219 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 153.

Statt der vielen Staaten hätten wir somit einen Universalstaat, und der kann und soll doch nicht sein. Mit ihm verschwände alle Freiheit von der Erde und für das Menschengeschlecht bliebe nichts anderes übrig als die gemeinsame Fäulnis und Verwesung in dem für alle gleichen Verderben<sup>1)</sup>. Nur weil solche politische Postulate, deren Wert hier nicht zur Diskussion steht, mit rechtstheoretischen Argumenten gestützt werden, muß mit Nachdruck immer wieder hervorgehoben werden, daß die Rechtsnatur der Staatengemeinschaft durch keine wie immer geartete inhaltliche Entwicklung eine Wesensänderung erfahren kann. Von dem Standpunkt rein juristischer Betrachtung aus kann die Völkerrechtsordnung, sofern ihre Normen im Wege Rechtens sich ändern, nichts werden, was sie nicht schon ist. Nicht irgendeinem politischen Glaubensbekenntnis zuliebe oder zuleide, sondern nur um einem argen Mißbrauch der Rechtswissenschaft zu begegnen, um ihre Reinheit und damit ihre Ehre zu wahren, sei als Ergebnis dieser Untersuchungen festgestellt, daß die Völkerrechtsordnung ohne die geringste Gefährdung ihres Wesens auch eine „organisierte“ Gemeinschaft, ein „Staat“ in jedem zulässigen Sinne dieses Wortes werden kann. Sie würde damit nichts wesentlich anderes als sie schon ist, sofern nur an dem schon in der heutigen Völkerrechtswissenschaft mächtig wirksamen Gedanken ihres Primates festgehalten wird. Historisch war dieser Gedanke schon lebendig noch bevor es eine Theorie des Völkerrechts gegeben hat: in der Idee des imperium Romanum während des ganzen Mittelalters und zu Beginn der Neuzeit. Erst mit dem Durchbruch des Souveränitätsdogmas wird der Weltstaat und mit ihm das Völkerrecht zum Problem. Und nun beginnt eine Völkerrechtswissenschaft die durch das Souveränitätsdogma zerstörte Idee einer die Einzelstaaten umfassenden universellen Rechts- oder Staatsordnung allmählich wieder aufzubauen.

### Zehntes Kapitel.

## Die Theorie der Staatenverbindungen.

### § 56.

#### Das Wesen der Staatenverbindung.

Das Verhältnis der civitas maxima zu den sie bildenden Einzelstaaten, der Völkerrechtsordnung zu den einzelstaatlichen Rechtsordnungen wiederholt sich in dem Verhältnis des Bundesstaates zu seinen

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 23. LASSON stellt (S. 119) auch verschiedene Äußerungen gegen den Universalstaat zusammen.

Gliedstaaten, des Staatenbundes zu den von ihm verbundenen Einzelstaaten. Auch das Problem des Bundesstaats sowie überhaupt die Lehre von den sog. Staatenverbindungen erwächst aus dem Souveränitätsdogma. Darum soll hier auch diese Lehre unter dem Gesichtspunkt einer reinen Rechtstheorie — allerdings nur in ihren Grundzügen — erörtert werden.

Die Lehre von den Staatenverbindungen geht durchwegs von der Vorstellung einer Vielheit wenigstens grundsätzlich gleichgeordneter Staaten aus, die unter einer sie alle gleichermaßen verpflichtenden und daher — in des Wortes nur scheinbar doppelten Bedeutung — verbindenden Rechtsordnung stehen<sup>1)</sup>. Ohne die Hypothese vom Primat der Völkerrechtsordnung ist diese Lehre — so wie sie in der Literatur ganz allgemein vorgetragen wird — nicht möglich. Daß Staaten auch in einem Ueber- und Unterordnungsverhältnis stehen können, wird zwar mitunter in gewissen Staatenverbindungen angenommen<sup>2)</sup>; aber gerade solche Besonderheit wird stets nur unter der Voraussetzung einer allgemeinen Gleichordnung behauptet. Natürlich ließe sich auch vom Standpunkt eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung eine Theorie von „Staaten“-Verbindungen konstruieren; allein mit dem wesentlichen Unterschiede, daß es sich dabei nur um die Verbindung des eigenen Staates mit andern, diesem Staate nicht gleichgeordneten, d. h. nicht in der gleichen Schichte der Rechtskonkretisation, stehenden Gemeinwesen handeln kann, „Verbindungen“ von der Art, wie sie zwischen Staat und Gemeinden, Staat und autonomen Provinzen usw. bestehen. Da nicht an rechtsinhaltliche, sondern an rein formalrechtliche Beziehungen gedacht ist, macht es keinen wesentlichen Unterschied, daß die vom Standpunkt des Primates der eigenstaatlichen Ordnung

<sup>1)</sup> Vgl. dazu BRIE, Theorie der Staatenverbindungen, 1886, S. 17.

<sup>2)</sup> BRIE a. a. O. S. 24 ff. unterscheidet: Staatenverbindungen nebengeordneter Glieder ohne jede Unterordnung: die nicht organisierten Staatenverbindungen; Staatenverbindungen, deren Glieder einander zwar nebengeordnet, aber einer höheren Gesamtgewalt unterordnet sind: so organisierte Verbindungen wie Staatenbund und Bundesstaat; und Staatenverbindungen, deren Glieder untereinander im Verhältnis von Ueber- und Unterordnung stehen: so einseitige Abhängigkeitsverhältnisse wie z. B. Souveränität. Daß es eine Verbindung von koordinierten Staaten ohne Unterordnung unter eine „höhere Gesamtgewalt“, nämlich die der universalen Völkerrechts- oder einer völkerrechtlichen Teilordnung, nicht gibt — und daß juristisch eine andere „Gewalt“ nicht in Betracht kommt, wird noch zu zeigen sein. Bei den einseitigen Abhängigkeitsverhältnissen ist es sehr fraglich, ob noch von zwei „Staaten“ die Rede sein kann. Das abhängige Gemeinwesen, das der „Gewalt“ eines Staates unterworfen ist, kann jedenfalls nicht mehr in demselben Sinne als „Staat“ bezeichnet werden wie das herrschende, Gewalt ausübende.

noch als „Staaten“ bezeichneten, aber nur kraft „Anerkennung“, Delegation durch den eigenen Staat gültigen Ordnungen (juristisch existenten Gemeinwesen), hinsichtlich ihrer inhaltlichen Fortbildung und Durchsetzung „unabhängig“, d. h. auf Organe gewiesen sind, die unmittelbar nur durch die eigene (Teil-)Ordnung, durch die anerkannte, delegierte Ordnung selbst bestimmt werden. Gerade daraus, daß die zweifellos bestehenden Verbindungen zwischen dem Staat und seinen Gemeinden usw. nicht als „Verbindungen“ bezeichnet werden, kann man sehen, daß eine Konstruktion, die den eigenen Staat — als Ausgangs- und Mittelpunkt juristischer Erkenntnis — zur Universalordnung macht und so die anderen Staaten in die Stellung von Teilordnungen drängt, einen Begriff von „Staatenverbindungen“ schafft, der mit dem der herrschenden Lehre gänzlich unvereinbar ist. Deren Begriff würde durch eine konsequent durchgeführte staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts um seinen innersten Sinn gebracht werden.

Der Rechtsbegriff einer Staatenverbindung besagt, daß als Staaten bezeichnete Gemeinwesen in einer rechtlichen Verbindung stehen; und das bedeutet nichts anderes, als daß solche Gemeinwesen — selbst nur Ordnungspersonifikationen — durch eine höhere Rechtsordnung zu einer Einheit konstituiert werden; dabei kann diese höhere Rechtsordnung die Universalrechtsordnung des Völkerrechts sein und die allgemeine Verbindung aller Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft konstituieren; oder aber eine kraft der Völkerrechtsordnung gültige Teil- oder Spezialrechtsordnung konstituiert eine besondere Verbindung nur zwischen gewissen Staaten. Stets muß natürlich die juristisch entscheidende Beziehung zur Völkerrechtsordnung als dem letzten „Quell“, dem obersten Prinzip, der höchsten Rechtsordnung, aus der die „verbindende“ Kraft der Teilrechtsordnung stammt, theoretisch aufrechterhalten werden.

Wenn das Wesen einer rechtlichen Verbindung in der gegenseitigen Verpflichtung und Berechtigung zweier oder mehrerer Personen (Rechtssubjekte) behauptet wird, so ist damit nur die subjektive Kehrseite des soeben vom Standpunkt des objektiven Rechtes charakterisierten Verhältnisses dargestellt. Eine Rechtsordnung ist ein System von Normen, und Normen in ihrer individuellen Erscheinung sind Pflichten und Berechtigungen. Gerade die Auffassung einer rechtlichen Verbindung von Personen als gegenseitige Verpflichtung (eine Berechtigung ohne Verpflichtung ist undenkbar) zeigt besonders deutlich, daß die „Verbindung“ juristisch in gar nichts anderem als in der Normierung besteht, daß Rechtsverbindlichkeit und Rechtsverbindung dasselbe sind. Indem jemand

durch eine Rechtsordnung „verbunden“ wird. ist er auch mit allen anderen rechtlich „verbunden“, die unter derselben Rechtsordnung stehen.

Die Lehre von den Staatenverbindungen beschäftigt sich mit rechtlichen Formen der Assoziation ganz bestimmter Personen, d. h. Personifikationen von Teilordnungen auf einer ganz bestimmten Stufe des Rechts. Eine rein juristische Theorie der innerstaatlichen Assoziationsformen, eine Theorie des Gesellschafts- und Korporationsrechts müßte, im Grunde genommen, alles Wesentliche bereits beigebracht haben. Die Analogie zwischen der „Verbindung“ von Staaten und der rechtlichen Vergesellschaftung von physischen Personen findet auch an keiner Wesensverschiedenheit der Subjekte eine Grenze. Denn zwischen den sog. physischen und den — mit Unrecht allein so benannten — juristischen Personen besteht keine relevante Differenz, indem — wie bereits früher hervorgehoben — auch die ersteren nur Personifikationen einer Teil-Rechtsordnung darstellen. So wie die Völkerrechtsordnung die allgemeine Staatenverbindung, ist der Staat vom Standpunkt des innerstaatlichen Rechtes die allgemeine Verbindung der physischen Personen oder — unter einem anderen Gesichtspunkt — der Menschen, deren Verhalten den Inhalt seiner Normen bildet. Und so wie bei dem Begriff der Staatenverbindung stets nur an bestimmte, durch spezielle Teilrechtsordnungen konstituierte, besondere Staatenverbindungen gedacht wird, so läßt man in der Lehre von den innerstaatlichen Rechtsverbindungen der Gesellschafts- und Korporationstheorie gerade den Staat selbst als die oberste und allgemeine Verbindung aus dem Auge. Und doch wäre der stete Bezug von der Teilrechtsordnung auf die Gesamtrechtsordnung für die systematische Erkenntnis der Gesellschafts- und Korporationsprobleme von größter Bedeutung; vor allem wäre der durchgängige Zusammenhang der privatrechtlichen Assoziationstheorie mit der völkerrechtlichen Lehre von den Staatenverbindungen hergestellt.

### § 57

#### Einteilung der Staatenverbindungen nach ihrer Entstehung.

Die besonderen Staatenverbindungen, die durch spezielle Teilrechtsordnungen zwischen gewissen Staaten hergestellt werden, unterscheiden sich voneinander entweder durch ihren Inhalt oder durch die Art ihrer Entstehung. Von einem politischen, insbesondere einem wirtschaftlichen oder organisationstechnischen Gesichtspunkt aus kann man typische Inhalte jener Teilrechtsordnungen

unterscheiden und die Staatenverbindungen nach diesem Kriterium einteilen. Insbesondere kann man sonach organisierte und nicht organisierte Verbindungen auseinanderhalten, je nachdem die Teilordnung arbeitsteilig funktionierende Organe zu ihrer Fortbildung und Durchsetzung (Anwendung) einsetzt oder nicht. Man kann aber auch die rechtslogische Dynamik ins Auge fassen und die Art und Weise, wie eine besondere Staatenverbindung auf Grund der allgemeinen Verfassung zustandekommt, als Unterscheidungsmerkmal verwenden. Für die innerstaatlichen Verbindungen — die Gesellschaften und Korporationen — pflegt man zwei Grundformen zu unterscheiden: Gesetz und Rechtsgeschäft — speziell: Vertrag. Im ersten Fall wird die Assoziation unmittelbar durch das Gesetz und somit durch den einseitigen „Willen“ des Staates geschaffen; im zweiten Falle wirken die zu verbindenden Subjekte an der Entstehung der Assoziation, der Teilrechtsordnung mit, indem ihr übereinstimmender Wille als Bedingung für die Bildung der Gesellschaft oder Korporation gesetzt ist. Der Gegensatz von Gesetz und Rechtsgeschäft ist hier ein anderer als der von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, der sonst zugrunde gelegt wird<sup>1)</sup>. Nunmehr wird das Rechtsgeschäft selbst unter dem Gesichtspunkt der Rechtserzeugung betrachtet und gegenüber dem Gesetze insofern unterschieden, als nur bei jenem, nicht aber bei diesem die Entstehung des Rechtes an einen gleichinhaltlichen Willen der zu verpflichtenden, zu verbindenden Subjekte geknüpft ist. Im Rechtsgeschäft erfolgt die — allerdings nur auf Grund des generellen, abstrakten Gesetzes mögliche — individuelle konkrete Bindung der Subjekte nur mit deren Willen, im Gesetze die generelle abstrakte — erst durch das Rechtsgeschäft konkret, individuell zu erfüllende — Bindung der Subjekte ohne deren Willen. Selbstverständlich darf diese Entstehung des Rechtes nicht mit seiner Geltung verwechselt werden. Der physische Willensakt der Menschen ist im Rechtsgeschäft zwar die *conditio sine qua non*, nicht aber eine *conditio per quam* für die Geltung des Rechtes, das seinen Inhalt — zum Teil — aus diesen Willensakten erhält (zum andern Teil ist es durch das Gesetz bestimmt; das Rechtsgeschäft kann ja nur den durch das Gesetz gesteckten Rahmen ausfüllen und ist darum bloße Rechtsanwendung). Darum bleibt die Geltung des Rechtes auch dann eine objektive, wenn sein Inhalt der gleiche ist wie der Wille der unterworfenen Subjekte im Augenblick der Entstehung (seiner letzten Konkretisierung). Indes ist auch unter diesem Gesichtspunkte der Gegensatz zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft nur ein relativer.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu oben S. 118 f.



Denn auch der Gesetzgebungsakt ist nach der Verfassung ein Tatbestand, bei welchem mehr oder weniger der Wille der durch das Gesetz zu Verpflichtenden — der „Wille des Volkes“ — dem Rechte auf der Stufe des Gesetzes den Inhalt gibt. Der generellen Form des Rechtes entspricht im Entstehungsprozeß der Wille des Volkes, d. h. der Allgemeinheit. In der unmittelbaren Demokratie ist dies am sinnfälligsten. Aber auch in der repräsentativen Demokratie ist es grundsätzlich nicht anders, da ja das Parlament nur als Vertreter des Volkes fungiert. Und auch in der Autokratie muß — für eine organische Anschauung — der gesetzgebende Monarch als Organ, d. h. als Repräsentant des Volkes, der durch das Gesetz zu verpflichtenden Menschen angesehen werden, und wird ja auch als solcher angesehen<sup>1)</sup>.

Da das Völkerrecht die Rechtsform des Gesetzes nicht aufweist, oder mit anderen Worten: da die Völkerrechtsordnung kein Gesetzgebungsorgan geschaffen hat, sondern die Fortbildung des Rechts hier nur durch Rechtsgeschäft (Vertrag) möglich ist, (von der Gewohnheit darf in diesem Zusammenhange abgesehen werden) muß für diesen Bereich, somit für alle Staatenverbindungen das Gesetz als Entstehungsgrund und Unterscheidungsmerkmal ausfallen. Innerhalb der staatlichen Rechtsordnung kann man zwischen einer Gemeinde, die unmittelbar durch das Gesetz geschaffen wird, und einer Gesellschaft m. b. H., die durch Vertrag entsteht, unterscheiden. Eine Verbindung von Staaten ist nach dem ersteren

<sup>1)</sup> Der individuelle Verwaltungsakt steht — soferne er ein auf dem generellen Gesetz beruhender Akt der Rechtsanwendung ist — mit dem privaten Rechtsgeschäft auf einer Stufe. Er ist ein Rechtsgeschäft, allerdings ein einseitiges, d. h. ein solches, bei dem die Verpflichtung des A (Untertan) an die einseitige Willensäußerung des B (Organ) geknüpft ist. Da die verpflichtende Kraft des Verwaltungsaktes im Rechts- (richtiger Gesetzes-) Staat aus dem Gesetz abgeleitet sein muß, kann von einer „immanenten“ Kraft dieser Willensäußerung und einer darauf gegründeten Wesensunterscheidung gegenüber dem Rechtsgeschäft keine Rede sein. Vgl. meine Ausführungen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, S. 205 ff. Nur soferne man den Begriff des Rechtsgeschäfts mit dem Begriff der (natürlich nur innerhalb der Grenzen des objektiven Rechtes möglichen) rechtlichen Selbstbestimmung, der Privatautonomie identifiziert, könnte zwischen Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft — und zwar nur nach dieser Richtung — ein Unterschied zugegeben werden. Allein dieser Begriff des Rechtsgeschäftes, der — wie im Texte angedeutet — in dem Gegensatz von Gesetz und Rechtsgeschäft häufig mitklingt, ist von dem allgemein gebräuchlichen Begriff: Willensäußerung, an die durch die objektive Rechtsordnung Rechtsfolgen (und zwar konform zum Inhalt der Willensäußerung) geknüpft sind, verschieden. Ein einseitiges Rechtsgeschäft wäre überhaupt nicht möglich. Vgl. dazu auch meine Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920.

Typus nicht möglich, solange es kein spezifisches völkerrechtliches Gesetzgebungsorgan gibt.

### § 58.

#### Staatenbund und Bundesstaat.

Das Rechtsgeschäft, genauer: der Vertrag wird jedoch von der herrschenden Lehre keineswegs als der einzige Entstehungsgrund von Staatenverbindungen anerkannt. Vielmehr macht man gerade den Gegensatz von Gesetz und Vertrag zu einem Haupteinteilungsgrund der Staatenverbindungen, insbesondere legt man dieses Kriterium der prinzipiellen Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat zugrunde, in der ja die ganze Lehre von den Staatenverbindungen kulminiert<sup>1)</sup>. Der Staatenbund — so wird gelehrt — beruht auf Vertrag. Er kann sich somit von anderen Staatenverbindungen, die auch auf Vertrag beruhen, nur durch den Inhalt dieses Vertrages, durch den Inhalt dieser Vertragsordnung, Teilrechtsordnung unterscheiden, die die spezielle Verbindung konstituiert. So wenn man den als Staatenbund charakterisierten völkerrechtlichen Vertrag, wenn man speziell den Staatenbund von bloßen Bündnissen dadurch unterscheidet, daß der erstere „als die auf Dauer berechnete, mit ständigen Bundesorganen ausgestattete Vereinigung von Staaten zur Wahrnehmung bestimmter gemeinsamer Interessen“<sup>2)</sup> aus der Fülle völkerrechtlicher Verträge herausgehoben wird. Es sind vertragsinhaltliche Momente, von denen als das wesentlichste die Einsetzung von arbeitsteilig funktionierenden Organen angesehen werden muß. Daß der Bund auf Dauer berechnet ist, unterscheidet ihn durch nichts von irgendeinem anderen völkerrechtlichen Verträge, der nicht ausdrücklich nur auf begrenzte Zeit geschlossen wird. Denn in dem einen wie in dem anderen Falle nimmt man den übereinstimmenden Willen der Kontrahenten als Endigungsgrund an. Daß die Unauflösbarkeit Vertragsinhalt sei, gilt für den Staatenbund nicht als wesentlich<sup>3)</sup>. Die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen ist gleichfalls — weil das Motiv, die Voraussetzung und der Inhalt jedes Vertrages — nichts charakteristisches.

<sup>1)</sup> Besonders nach der zur herrschenden Lehre gewordenen Theorie LEBANDS, die JELLINEK in seiner „Lehre von den Staatenverbindungen“ weiter ausgeführt hat. Vgl. JELLINEK a. a. O. S. 172 ff. Eine vorzügliche Darstellung der umfangreichen Literatur bietet EBERS, Die Lehre vom Staatenbunde (Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von BRIE und FLEISCHMANN, 22. Heft) 1910.

<sup>2)</sup> EBERS a. a. O. S. 268.

<sup>3)</sup> Vgl. dazu EBERS a. a. O. S. 269.

Der Bundesstaat wird jedoch als eine Staatenverbindung betrachtet, die zum Unterschied vom Staatenbund nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz oder Statut, als Staat: auf einer Verfassung beruht. Der Vertrag ist der Tatbestand, an den das Völkerrecht die Entstehung spezieller Staatenverbindungen knüpft. Wenn dem Staatenbund als einer vertragsmäßigen Staatenverbindung eine andere entgegengesetzt wird, so kann es nur eine andere Entstehungsart sein, die diese andere Art der Staatenverbindung charakterisieren darf. Geht man aber auf die Entstehung der als „Gesetz“, als Verfassung oder Statut charakterisierten Ordnung des Bundesstaats zurück, so kann doch keinem Zweifel unterliegen, daß ein völkerrechtlicher Vertrag an der Wiege des Bundesstaates nicht anders wie an der des Staatenbundes steht. Nicht etwa notwendigerweise stehen muß, aber doch stehen kann, und in den historisch gegebenen Fällen von Bundesstaaten tatsächlich die Entstehungsgrundlage darstellt. Durch völkerrechtlichen Vertrag muß der Bundesstaat notwendigerweise nur dann entstehen, wenn er aus ursprünglich selbständigen, „souveränen“, nämlich nur dem Völkerrecht unterworfenen Staaten gebildet; wenn er eine Verbindung von — ursprünglich unverbundenen — Staaten darstellt; nicht freilich, wenn er — was theoretisch möglich ist — aus einem Einheitsstaat und daher im Wege der Gesetzgebung dieses Staates entsteht<sup>1)</sup>. Indes gerade dieser letztere Typus ist für

<sup>1)</sup> Das wäre in Oesterreich der Fall, wenn die Bestrebungen, diesen Einheitsstaat zu einem Bundesstaat umzugestalten, zum Ziele führen würden. Durch die Verfassungsreform vom 14. März 1919 ist allerdings bereits ein erheblicher Schritt zu diesem Ziele gemacht worden: die schon im alten Oesterreich zwischen dem Zentralparlament des Reichsrats und den Lokalparlamenten der Landtage aufgeteilte Gesetzgebung wurde dahin modifiziert, daß die Landesgesetzgebung, bisher an die Mitwirkung eines Zentralorgans (früher des Kaisers und der Reichsminister, später des Staatsrats) gebunden, grundsätzlich den Landtagen und den von ihnen gewählten Landesregierungen allein überlassen wurde. An dem historischen Typus der Bundesstaaten gemessen, fehlt nur mehr die Beteiligung der Länder an der Zentralgesetzgebung. Die Emanzipation der Landesverwaltung von der Zentralregierung ist de facto und de jure (letzteres mangels jeder Zwangsmöglichkeit gegenüber den von den Landtagen gewählten Landesregierungen) weiter gediehen, als in irgend einem Bundesstaate.

So wie die Verfassungsreform vom 14. März 1919 sich auf dem Wege der Staats- d. i. der Zentralgesetzgebung vollzog, so könnte sich auch die vollständige Umwandlung in einen Bundesstaat — verfassungsmäßig — nur durch Gesetz des Zentralparlamentes, der sog. konstituierenden Nationalversammlung vollziehen. Charakteristisch ist, daß der erste, unter dem Druck der föderalistischen Landesregierungen entstandene, einer (außerhalb der Verfassung stehenden) „Länderkonferenz“ vorgelegte Regierungsentwurf

die Theorie des Bundesstaates nicht maßgebend gewesen. — Daß die Bundesstaatsordnung, obgleich sie ihrer Entstehung nach ein Vertrag ist, dennoch als Verfassung, Statut oder Gesetz bezeichnet werden kann — ist das „Statut“ oder die „Verfassung“ einer Aktiengesellschaft etwas anderes als der Gesellschaftsvertrag? — rührt eben daher, daß zwischen Vertrag und Gesetz, Verfassung, Statut als Rechtssatzungs- und Rechtserzeugungstatbeständen kein wesentlicher Unterschied besteht. Die Worte „Verfassung“, „Statut“, „Gesetz“ wollen eben in gewisser Bedeutung nur das Moment der Rechtschöpfung zum Ausdruck bringen.

Wie in der allgemeinen Theorie des Völkerrechts, so führt auch in der Lehre von den Staatenverbindungen die ungenügende Einsicht in die rechtslogische Beziehung zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, Gesetz und Rechtsgeschäft zu jener bereits früher charakterisierten Spaltung des Vertragsbegriffes in einen rechtsgeschäftlichen und einen rechtserzeugenden Vertrag, welcher letzteren man als „Vereinbarung“ bezeichnet. Speziell zur Begründung des Bundesstaatsbegriffes, und zwar zwecks prinzipieller Abgrenzung dieses Gebildes gegenüber dem Staatenbunde, versucht man den völkerrechtlichen Vertrag, aus dem die historisch gegebenen Bundesstaaten entstanden sind und über den eine auf die Rechtsentstehung dieser Staatenverbindung gerichtete Betrachtung einfach nicht hinweg kann, derart umzudeuten, daß der rechtsgeschäftliche Charakter dieses Tatbestandes verschwindet, er als bloß rechtserzeugendes Moment in Betracht kommt<sup>1)</sup>. Man spricht hier auch von einem „konstitu-

einer Bundesstaatsverfassung in seinem Texte die politische Fiktion aufstellt: als ob der Bundesstaat Oesterreich durch einen freien Willensakt der „selbständigen“ — das ist eine Umschreibung für „souveräne“ — Länder entstehen würde; obgleich der „Gründungs“-Akt als Staatsgesetz, als Gesetz des verfassungsgebenden Parlamentes des als Einheitsstaat längst bestehenden Oesterreich gedacht ist, und anders gar nicht möglich wäre, wenn nicht die Republik Oesterreich auf revolutionärem Wege vorher in eine Reihe „souveräner“ Staaten — die Länder — zerschlagen werden soll. Vgl. dazu meinen Kommentar: Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, III. 1919, S. 136 ff.

<sup>1)</sup> „Die Verfassung ist kein Vertrag zwischen Staaten, selbst wenn sie als das Resultat eines vom Volke oder den Staaten abgeschlossenen Vertrages aufgefaßt wird; denn einmal abgeschlossen, verändert der Vertrag seine Natur und wird Gesetz.“ So charakterisiert J. L. LINCK, Staatenverbindungen, S. 255 die amerikanische Bundesstaatstheorie Hamiltons und Madisons im Federalist. Die Charakteristik trifft aber auch auf die deutsche Theorie zu. Sie behauptet ein juristisches Mysterium; denn wenn Vertrag und Verfassung gegensätzliche Begriffe sind, wie soll sich die Wandlung vollziehen?

tiven“ Vertrag<sup>1)</sup> und kennzeichnet ihn als eine „Willenseinigung, welche nicht die Bedeutung eines nur Rechte und Pflichten für die Kontrahenten setzenden Rechtsgeschäftes hat, die vielmehr eine neue Rechtsordnung schafft, der sich die Kontrahenten unterwerfen, und die sie für sich in Zukunft bindend anzusehen sich verpflichten . . . . Zwischen ihnen bestehen nicht bloß Vertragsrechte und Vertragspflichten, sondern über ihnen steht eine neue Rechtsordnung, eine Verfassung, ein Gesetz, dem sie sich zu beugen haben“<sup>2)</sup>. Allein jeder Vertrag schafft eine Rechtsordnung, der sich die Kontrahenten zu unterwerfen verpflichten, und setzt nur dadurch Pflichten und Rechte zwischen den Kontrahenten; und Vertragspflichten wie Vertragsrechte bestehen nur insoferne zwischen den Kontrahenten, als über ihnen eine neue Rechtsordnung — nämlich die Vertragsrechtsordnung, ein Gesetz — nämlich das Vertragsgesetz — steht. Die Pflichten und Rechte sind ja nur die subjektivistische Ausdrucksform für das — mit Bezug auf eine objektive Geltung — als Rechtsordnung bezeichnete System von Normen. Darin ist kein Kriterium für einen vom rechtsgeschäftlichen verschiedenen, „konstitutiven“ Vertrag gefunden. Und so ist es nur selbstverständlich, daß die Frage, wann eigentlich ein Vertragstatbestand einen „konstitutiven“ Charakter aufweise, zu einem *circulus vitiosus* führen muß. Der äußere Tatbestand unterscheidet sich durch nichts von dem eines rechtsgeschäftlichen Vertrages: geäußerte Willensübereinstimmung. Der innere Tatbestand, der Vertragsinhalt aber kann grundsätzlich derselbe sein wie der eines Gesetzes. Aus dem Begriff des Vertrages folgt nichts, was die Annahme hindern könnte, daß alles, was gesetzlich geregelt werden kann, auch einer vertragsmäßigen Ordnung fähig ist. Die Theorie des konstitutiven Vertrages ist daher nicht imstande, den Zirkel zu vermeiden: Ein Vertrag ist konstitutiv, wenn er eine Rechtsordnung setzt, und er setzt eine Rechtsordnung, wenn er konstitutiv ist.

Der eigentliche Sinn, der der Theorie des „konstitutiven“ Vertrages innewohnt, ist auch ein ganz anderer, als einen Unterschied zwischen zwei Vertragsformen aufzuzeigen! Worauf es ankommt, ist nicht, ob der Vertrag eine Rechtsordnung setzt — das tut jeder Vertrag — sondern ob diese durch den Vertrag gesetzte Rechtsordnung als eine bloße Teilrechtsordnung oder als Gesamtrechtsordnung aufgefaßt wird. Der entscheidende Unterschied ist der: ob die juristische Konstruktion die verbindliche Kraft des Vertrags, die an diesen Tatbestand als Folge geknüpften Normen, subjektiven

<sup>1)</sup> Vgl. die Darstellung bei EBERS a. a. O. S. 287 ff.

<sup>2)</sup> EBERS a. a. O. S. 287.

Pflichten und Berechtigungen, kurz die Vertragsrechtsordnung — aus einem den Bestandteil einer „höheren“, d. h. allgemeineren Rechtsordnung bildenden Rechtssatze, im vorliegenden Falle also: aus dem Rechtssatze *pacta sunt servanda* der Völkerrechtsordnung deduziert, oder aber ob die juristische Konstruktion die Vertragsrechtsordnung selbst als höchste voraussetzt, richtiger: aus einer diesem konkreten Verträge Verbindlichkeit zuerkennenden Ursprungshypothese ableitet<sup>1)</sup>. Dabei sei nicht übersehen, daß der Vertrag

<sup>1)</sup> Das kommt besonders deutlich bei BINDING zum Ausdruck, der den Akt, mit welchem die Gründung des Bundesstaates — speziell des Norddeutschen Bundes — erfolgt, mit Nachdruck immer wieder als „Rechtsbegründungsakt“ — nicht als „Rechtsvollzugsakt“ gelten lassen will (a. a. O. S. 162). BINDINGS Darstellung ringt mit dem Gedanken: Der als „Vereinbarung“ vom „Vertrag“ hauptsächlich wegen des Rechtsvollzugs-, Rechtsgeschäftscharakters des letzteren abgespaltene Tatbestand der Bundesstaatsgründung erzeugt sozusagen aus sich selbst heraus die neue Verfassung, den neuen Staat, ohne daß diese Rechtswirkung auf eine „höhere“ Norm zurückgeführt werden müsse. Das ist natürlich nichts anderes als eine die Vereinbarung als Rechtsquelle einsetzende juristische Ursprungshypothese. Da sich BINDING der rechtologischen Natur seiner Konstruktion nicht ganz bewußt ist, bleibt er auch nicht konsequent. Er sagt: „Die verbindliche Kraft schöpft die vereinbarte Verfassung, seine Rechtsgültigkeit der neue Staat allein aus der vernünftigen, vom Rechte nicht reprobierten, ihm vielmehr als Handlung des Rechtsausbaues willkommenen Tat zu ihrer Errichtung fähiger Gründer“ (a. a. O. S. 165). Allein, was ist denn dieses „Recht“, das doch offenbar „über“ der Gründungstat stehen muß, wenn ihm wesentlich ist, daß es diese „nicht reprobiert“; kann es vielleicht die Gründungstat — wenn etwa nicht „vernünftig“, doch reprobieren? Daß diesem „Recht“ die Gründungstat „willkommen“ ist, kann das juristisch etwas anderes heißen, als daß das „Recht“ diese Gründungstat als Quelle einsetzt? Es wäre denn, daß es gar nichts bedeuten sollte. Dem steht schon entgegen, daß die Gründungstat als „Handlung des Rechtsausbaues“ vom „Recht“ bewillkommt wird. Und ist Rechts-Ausbau etwas wesentlich anderes als Rechts-Vollzug? Die Gründer müssen zur Gründung „fähig“ sein, meint BINDING. Aber wer anders könnte ihnen soche „Fähigkeit“ verleihen als das „Recht“, das zu seinem Ausbau gewisse Akte — also sagen wir „willkommen“ heißt? Könnten sich die Gründer die fragliche „Fähigkeit“ selbst verleihen, wäre ihre Fähigkeit nie in Frage. An anderer Stelle meint freilich BINDING, die Gründungstat vollziehe sich auf „rechtsfreiem Gebiet“ (a. a. O. S. 163). Allein in der gerade analysierten Stelle setzt er ein „Recht“ voraus, das — wenn es nicht ein Natur-Recht ist — nur das Völkerrecht sein kann.

Daß nicht bloß die den Norddeutschen Bund begründende Vereinbarung die von ihr beinhaltenen Rechtswirkung hatte, daß vielmehr jede analoge Vereinbarung die Entstehung einer die Parteien verpflichtenden Bundesstaatsverfassung zur Folge habe, dürfte BINDING nicht in Abrede stellen. Ist der Satz, der den Tatbestand der Vereinbarung mit dieser Rechtsfolge verknüpft, nicht ein Rechtssatz? Muß er nicht als Rechtssatz, angenommen werden, wenn nicht nur ein einzelner Bundesstaat, sondern wenn alle Bundesstaaten als Rechtsphänomene innerhalb eines Rechtssystems begriffen werden sollen?

als solcher, nämlich als Tatbestand der Willensübereinstimmung, in diesem Falle „konstitutiv“ ist. Konstitutiv, d. h. die letzte „Quelle“ der rechtlichen Geltung, der Rechtsverbindlichkeit, der Rechtsbindung oder Verbindung — ist im ersten Falle die über den Kontrahenten stehende Völkerrechtsordnung, allerletztlich: die Völkerrechtshypothese, im zweiten Falle die spezielle Ursprungshypothese unmittelbar. Wird der dem Bundesstaat erzeugende Vertrag als „konstitutiv“ bezeichnet, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß von der Völkerrechtsordnung — als einer über allen Staaten und demgemäß auch über den zum konkreten Bundesstaat zu verbindenden Staaten stehenden Rechtsordnung — abstrahiert, daß das Völkerrecht als Rechtsgrundlage für die Konstruktion des Bundesstaates, richtiger: daß die Hypothese vom Primat des Völkerrechts abgelehnt, daß vielmehr die aus dem konkreten Verträge, der speziellen Vertragshypothese rechtslogisch abzuleitende Rechtsordnung — die vom Standpunkt eines Primates des Völkerrechts nur eine Teilordnung wäre — als souverän, d. h. aber: als Staat im Sinne des herrschenden Souveränitätsdogmas und sohin der Primat dieser staatlichen Rechtsordnung vorausgesetzt wird<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> JELLINEK, Lehre von den Staatenverbindungen, S. 253 ff. versucht den Nachweis: Die Entstehung des Bundesstaates aus einem Verträge der Gliedstaaten abzuleiten, sei unmöglich (S. 255 f.), weil ein Staat nicht aus einem Vertrag entstehen könne. Dabei geht JELLINEK von der Voraussetzung aus, daß die als Bundesstaaten bezeichneten Gemeinschaften Staaten seien. Denn wäre ihre Entstehung aus einem Vertrag abzuleiten, dann wären sie bloße Staatenbünde. Aber ist das nicht eben erst zu entscheiden — und nicht vorauszusetzen — was sie sind? Gegen die „naturrechtliche“ Anschauung, der Staat könne durch Vertrag entstehen, macht JELLINEK — gänzlich aus der juristischen in eine soziologisch-psychologische Ebene gleitend — geltend: „So wenig wie ein Mensch kann ein Staat durch Vertrag geschaffen werden.“ JELLINEK identifiziert hier „Staat“ mit einem natürlichen Faktum. Daß dieses durch Vertrag geschaffen werden könne, hat natürlich niemand — auch das Naturrecht nicht — behauptet. JELLINEK führt den Vergleich von Staat und Mensch dahin weiter, daß „weder ein einzelner, noch ein Staat durch Vertrag mit anderen eine bisher nicht bestehende Volksgemeinschaft schaffen kann.“ Das Volk, als eine der Naturbedingungen der als Staat bezeichneten Ideologie, kann natürlich kein Vertrag „schaffen“. Diese Naturbedingungen, die zwar die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* für die Sollordnung des Staates sind, stehen in Frage, wenn JELLINEK fortführt: „Die Tatsache, daß eine Gesamtheit sich als eine Einheit fühlt und weiß und diese Einheit dadurch zum Ausdruck bringt, daß sie sich als Gesamtpersönlichkeit, als wollendes und handelndes Subjekt konstituiert, das ist der innere Grund der Entstehung des Staates, unter welchen äußeren Verhältnissen und Beiwirken sie auch immer vor sich gehen mag.“ — „Noch weniger als ein Staat“, meint JELLINEK, „kann eine Staatsverfassung durch Vertrag entstehen“. Er behandelt hier also Staat und Staatsverfassung als verschiedene Wesenheiten.

Das ist der Sinn des Unterschiedes zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Staatenverbindung, den die herrschende Lehre mit dem Gegensatz zwischen vertragsmäßiger und verfassungs(gesetz)mäßiger Grundlage der Staatenverbindung bei Staatenbund und Bundesstaat zusammenfallen läßt. Darum — und nur dann — fallen Staatenbund und Bundesstaat, so wie die herrschende Lehre seit LABAND annimmt, unter prinzipiell verschiedene Kategorien: nicht weil der eine ein Vertrag, der andere eine Verfassung ist — das sind keine Gegensätze; sondern darum, weil die juristische Konstruktion den Staatenbund auf einem Vertrag, und weil sich dieser Vertrag auf einem Völkerrechtssatz, die Vertragsordnung, Vertragsverfassung des Staatenbundes als Teilordnung auf einer höheren Gesamtordnung, der des Völkerrechts nämlich, gründet, während die Vertragsverfassung des Bundesstaates selbst als höchste, als souveräne, selbst als Staatsordnung, d. h. aber als Staat vorausgesetzt wird. Jetzt ist allerdings ein absoluter — und keineswegs nur ein relativer Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat vorhanden. Die „Verfassung“ des Bundesstaates unterscheidet sich nunmehr wesentlich von dem Vertrag des Staatenbundes, so wie sich auch der „Vertrag“ des Bundesstaates von der „Verfassung“ des Staatenbundes unterscheidet: denn nur die Verfassung oder der Vertrag des Bundesstaates haben den Charakter der Ursprünglichkeit, sofern sie ihre Verbindlichkeit unmittelbar aus der Ursprungshypothese holen, aus der reinen Satzung einer Voraussetzung.

Allerdings kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß dieser ganze Unterschied, den die herrschende Lehre zwischen Staatenbund und Bundesstaat als zwischen zwei Staatenverbindungen behauptet, keine zulässige logisch-systematische Bedeutung hat. Denn die unterschiedenen Elemente gehören nicht mehr ein und demselben Erkenntnisssysteme an. Die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen Staatenbund und Bundesstaat gemäß der Unterscheidung von vertragsmäßigem und verfassungsmäßigem Ur-

---

Sagt freilich einige Seiten später (268): „Staat und Verfassung sind unabtrennbar voneinander gegeben.“ „Denn durch Vertrag kann man keinen höheren Willen über sich und keinen selbständigen Willen neben sich hervorbringen.“ Die Fehlvorstellung, die darin liegt, ist schon oben im Texte hinreichend gekennzeichnet. Das entscheidende Argument JELLINEKS ist aber die Behauptung, daß „es unmöglich ist, die Entstehung des Staates juristisch zu konstruieren“ (262). Das ist vollkommen richtig, aber nur unter der Bedingung, daß man den Staat als höchste, nicht weiter ableitbare Ordnung, d. h. als souverän voraussetzt. Allerdings bemüht sich JELLINEK, gerade in diesem Zusammenhange nachzuweisen, daß Souveränität kein Wesensmerkmal des Staates sei.



sprung ist in Wahrheit nur die Verschiedenheit zweier grundsätzlich miteinander unvereinbarer juristischer Hypothesen! Sobald die Theorie sich mit bestimmten rechtlichen Gebilden, nämlich mit den Verfassungen des Deutschen Reiches oder der Schweiz oder der Vereinigten Staaten von Amerika beschäftigt, verläßt sie die unter dem Gesichtspunkt einer Verbindung koordinierter Staaten unumgängliche Hypothese eines Primates der Völkerrechtsordnung und stellt sich auf den Standpunkt eines Primates eben jener Rechtsordnung, die sie als „Staat“ erkennen will. Das politische Postulat: eine bestimmte, im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages entstandene Verfassung als „Staat“ zu begreifen, zwingt die vom Souveränitätsdogma erfüllten Juristen, diese vertragsmäßig entstandene Rechtsordnung als höchste, souveräne vorauszusetzen. Und nur die vorausgesetzte Souveränität kann den Bundesstaat nicht als einen Staatenbund erscheinen lassen. Was freilich dieselben Juristen nicht hindert, ihn — wieder aus andern politischen Motiven — dennoch als eine Verbindung von Staaten zu erklären, und bei seinen Teilen, den sog. Gliedstaaten auf das Merkmal der Souveränität zu verzichten; was allein ermöglicht, Staatenbund und Bundesstaat, trotz der zugestandenen grundsätzlichen Andersartigkeit beider — gemeinsam in der Lehre von den Staatenverbindungen zu behandeln. Die politischen Motive zu untersuchen, ist hier nicht der Ort. Vom rechtstheoretischen Standpunkt aus genügt die Feststellung, daß die Vorstellung eines aus Staaten zusammengesetzten Staates den Widerspruch eines aus Ganzen zusammengesetzten Ganzen bedeutet, und daß, was als „Gliedstaat“ bezeichnet wird, eine durch gewisse rechtsinhaltliche Momente, speziell organisationstechnischer Art, gekennzeichnete Teilordnung ist, als deren charakteristisches Merkmal etwa gelten kann: daß die Fortbildung und Durchsetzung dieser Teilordnung, natürlich nur im Rahmen der Gesamtordnung, Organen übertragen ist, deren Berufung dieser Teilordnung selbst delegiert ist, was zur Folge hat, daß diese Organe nur aus demjenigen Kreise von Menschen geholt werden, für die die Teilordnung speziell gilt. Das ist der rechtstheoretische Ausdruck für Autonomie; zwischen einer autonomen Gemeinde und dem sog. Gliedstaat daher kein qualitativer, sondern nur — wenn überhaupt — ein quantitativer Unterschied. Der Bundesstaat ist somit nur ein Fall des organisations-technischen Typus des dezentralisierten Staates.

Hält man — wie dies die Lehre von den Staatenverbindungen erfordert — an dem Primat des Völkerrechts auch gegenüber dem sog. Bundesstaate fest, und wahrt man so — wie es die Logik erfordert — die Einheit des Standpunkts rechtswissenschaftlicher Er-

kenntnis, dann muß jeder prinzipielle Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat verschwinden und zu einem rechtsinhaltlich begründeten Gradunterschied herabsinken. Gerade darin bewährt sich ja die Einheit der juristischen Erkenntnis, daß sie von der kleinsten Gemeinde, ja von dem kleinsten privatrechtsgeschäftlichen Vertrag und der durch ihn konstituierten Rechtsgemeinschaft, über den sog. Gliedstaat, und von diesem zum Bundesvertrag und der von ihm konstituierten — sei es als Staat oder nicht als Staat bezeichneten — Verbindung bis zur Völkerrechtsgemeinschaft einen durchgängigen Zusammenhang gleichartiger Elemente herstellt. Gerade indem die Rechtswissenschaft diesen formaltheoretischen Einheitsbezug aus der Mannigfaltigkeit der rechtsinhaltlichen Verschiedenheit immer wieder heraushebt, erfüllt sie ihre vornehmste, wenn auch nicht ihre einzige Aufgabe. Jedenfalls führt das Fallenlassen dieses Ariadnefadens zu den ärgsten Verirrungen der Theorie! So zeigt sich vor allem, daß das Hauptkriterium, mit dem man den Staatenbund vom Bundesstaat zu scheiden versucht: die Souveränität der verbundenen Staaten, in sich selbst zusammenfällt. Der Vertrag, durch den mehrere Staaten zu einem Staatenbund, und jener, durch den sie zu einem Bundesstaat vereinigt werden, mögen inhaltlich verschieden sein. (Es wird noch zu prüfen sein, ob und inwieweit das tatsächlich der Fall ist.) Aber hinsichtlich der Souveränität stehen die Staaten im Staatenbund wie im sog. Bundesstaat völlig gleich, denn sie stehen auf der gleichen Stufe der Rechtskonkretisierung, in derselben Rechtsschichte, sind von der einzig wahren Souveränität, nämlich jener der universalen Völkerrechtsordnung — deren sie in beiden Fällen nur Teilordnungen sind — gleich weit entfernt. Zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen und der obersten Völkerrechtsordnung steht in beiden Fällen die auf dem völkerrechtlichen Vertragsrechtssatz gestützte, durch den Bundesvertrag gesetzte Teilrechtsordnung der Bundesverfassung, die — ob man sie nun als Staat oder nicht als Staat bezeichnet — wiederum mehrere niedere Teilrechtsordnungen — die der Einzel- oder Gliedstaaten — umfaßt und so zu einer Gemeinschaft konstituiert. Unter dem Gesichtspunkt des rechtstheoretischen Souveränitätsbegriffes und vom Standpunkt des Primates des Völkerrechtes muß man den Einzelstaaten im Staatenbunde mit demselben Recht die Souveränität absprechen, wie man dies bei den Gliedstaaten im Bundesstaate zu tun pflegt. Tatsächlich haben schon sehr angesehene Rechtsgelehrte — freilich ohne sich des sie leitenden theoretischen Prinzips bewußt zu werden — auch den Einzelstaaten im Staatenbunde die Sou-

veränität abgesprochen<sup>1)</sup>. Und wenn die herrschende Lehre sie ihnen zuerkennt, so operiert sie dabei nicht mit besseren, ja mit denselben Argumenten wie gewisse, von ihr heftig bekämpfte Theoretiker, die auch im Bundesstaate von irgendeiner Souveränität der Gliedstaaten sprechen.

### § 59.

#### Die Korporationstheorie.

Die herrschende Lehre pflegt unter dem Einfluß LABANDS den Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat als einen Spezialfall des Gegensatzes von Gesellschaft und Korporation zu behandeln, und sieht meist gerade darin, daß sich im Staatenbund — zum Unterschied vom Bundesstaat — über den juristischen Personen der verbundenen Einzelstaaten keine neue, von diesen verschiedene juristische Person, weil kein neuer, von dem Willen der Einzelstaaten verschiedener Wille erhebe, der Bundeswille im Staatenbund — zum Unterschied vom Bundesstaat — vielmehr nur die Summe der verbundenen Einzelwillen, ein gemeinsamer, kein neuer, fremder Wille sei, ein Symptom dafür, daß die Einzelstaaten im Bunde souverän, die Gliedstaaten im Bundesstaate dagegen — wo über ihnen eine höhere juristische Person steht — nicht souverän seien. Es ist nur eine Wiederholung von hier schon oft Gesagtem, wenn demgegenüber festgestellt wird, daß einer Personifikation des Staatenbundes ebenso wenig im Wege steht, wie einer solchen des Bundesstaates. Die Bundesverfassung als ein Wesen, ein Gemeinwesen, als Rechtssubjekt, juristische Person, zum Zwecke der Veranschaulichung und Vereinfachung sich vorzustellen, ist beim Staatenbund ebenso möglich wie beim Bundesstaat. Nur die mangelnde Einsicht in das Wesen der Personifikationsmechanik hat ja die ganze unglückliche Privatrechtstheorie vom Gegensatz zwischen Gesellschaft und Korporation verschuldet. Gewiß ist die Existenz eines von dem Willen der „verbundenen“ Subjekte verschiedenen, höheren Willens letzten Endes entscheidend für die Annahme einer juristischen Person. Allein dieser

<sup>1)</sup> Alle diejenigen, die den Staatenbund als Korporation, als juristische Person auffassen, sehen sich veranlaßt, die Souveränität der verbundenen Gliedstaaten mehr oder weniger fallen zu lassen. So HAENEL (Studien zum deutschen Staatsrecht I, S. 43), der den Einzelstaaten die äußere Souveränität abspricht: „Der Einzelstaat ist in seiner Souveränität beschränkt gegenüber dem Bunde nicht bloß durch ein Vertragsverhältnis, sondern durch ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung . . .“ G. MEYER (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 23 f.) lehrt, daß die Einzelstaaten insofern nicht souverän sind, als ihnen die völkerrechtliche Souveränität fehlt, da sie der Bundesgewalt unterworfen sind, deren Befehle zu befolgen haben; und BRIE, (a. a. O. S. 91) erklärt die Souveränität der Einzelstaaten für eine „beschränkte“.

verschiedene höhere „Wille“ ist stets nur die „über“ den Subjekten stehende Rechtsordnung, sei es die Universal- oder eine noch so kleine Teil-Rechtsordnung — die juristische Person aber nur eine Personifikation dieser Ordnung, deren objektive Geltung gegenüber den unterworfenen Subjekten in dem Bilde eines fremden Willens, deren Einheit in dem Bilde einer Person zum Ausdruck kommt. Sicherlich wird die Objektivität der Geltung der personifizierten Ordnung um so sinnfälliger, je mehr der Inhalt dieser Ordnung mit dem Inhalt des eigenen psychisch-empirischen Willens der unterworfenen Subjekte in Widerspruch geraten kann. Dies ist in einem geringeren Maße der Fall, wenn der Inhalt der objektiv gültigen Ordnung durch den Willen der unterworfenen Subjekte erzeugt wird, wenn Vertrag und nicht Gesetz die Ordnung begründet; wenn die Aenderung der Ordnung durch einstimmigen und nicht schon durch mehrstimmigen Beschluß der Unterworfenen erfolgt, wenn Rechts-erzeugung und -durchsetzung arbeitsteilig funktionierenden Organen und nicht allen unterworfenen Subjekten selbst übertragen ist usw. Allein alle diese rechtsinhaltlichen Momente, durch die sich die Ordnungen voneinander materiell unterscheiden mögen, sind für die Frage ihrer Personifikationsmöglichkeit vom formal rechtstheoretischen Standpunkte nicht entscheidend; sie rücken nur psychologisch die Personifikation mehr oder weniger nahe. Weil aber in der Literatur der rechtstheoretisch-formale mit dem rechtsinhaltlichen Gesichtspunkt konstant vermengt wird, erklären die einen den Staatenbund als juristische Person, obgleich er durch Vertrag entstanden, aber weil er mit arbeitsteilig funktionierenden Organen ausgerüstet und in der Bundesverfassung das Majoritätsprinzip ausgesprochen ist, während die anderen — mit Rücksicht auf die vertragsmäßige Grundlage — Majoritätsprinzip und arbeitsteilig funktionierende Organe für unwesentlich erklären und dem Staatenbund juristische Persönlichkeit absprechen. Die Argumentation ist in diesem Falle eine sehr einfache: Die arbeitsteilig funktionierenden Organe sind nicht Organe eines neuen, höheren Gemeinwesens, sondern nur gemeinsame Organe der verbundenen Staaten; auch im Majoritätsbeschluß steckt der Wille aller Einzelstaaten, denn diese haben sich doch im Bundesvertrag verpflichtet, sich dem Majoritätsbeschluß zu fügen; und man zögert nicht, auch eine Exekution gegen den Einzelstaat als auf dessen „Willen“ beruhend zu konstruieren, wobei die Identität des objektiven Rechtswillens mit dem subjektiven Willen des einzelnen fingiert wird. Natürlich läßt sich dieselbe Argumentation auch auf den Bundesstaat anwenden. Weil die einen das Wesen des Bundesstaates in einer selbständigen juristischen Persönlichkeit

behaupten, haben die andern sehr leichtes Spiel, Begriff und Existenz des Bundesstaates überhaupt zu leugnen: d. h. auf die Personifikation der Bundesordnung als auf eine Hilfsvorstellung — und nichts anderes ist die juristische Person — zu verzichten<sup>1)</sup>. Und umgekehrt könnte man diese Schein und Wesen verwechselnde Methode — die sog. Korporationstheorie — auch beim Staatenbund so weit treiben, daß man mit dessen Personifikation seinen Staatscharakter behauptet und den verbundenen Einzelstaaten die Souveränität und schließlich auch den Staatscharakter abspricht<sup>2)</sup>. Natürlich fehlt es auch nicht an Theoretikern, die dem Staatenbund juristische Persönlichkeit zugleich zu- und absprechen. Der Staatenbund sei „nach innen“ eine Gesellschaft; „nach außen“ eine Korporation er habe zwar nicht auf dem Gebiete des Staatsrechtes, dagegen auf dem des Völkerrechtes juristische Persönlichkeit<sup>3)</sup>. Bei der allgemeinen Anschauung vom Wesen der juristischen Persönlichkeit, die natürlich auch von diesen Theoretikern geteilt wird, muß eine solche Konstruktion einen Widerspruch in sich selbst bedeuten. Erkennt man nicht, daß die juristische Person eine bloße Hilfsvorstellung ist, deren sich der Jurist bedienen kann, aber nicht bedienen muß, glaubt man, daß juristische Person etwas objektives, sozusagen rechtlich an sich Gegebenes oder etwas von der Rechtsordnung „Verliehenes“ sei, daß der Jurist lediglich Rechtstatsachen beschreibt, Vorgefundenes konstatiert, wenn er die Existenz einer juristischen Person behauptet<sup>4)</sup>,

<sup>1)</sup> So z. B. SEYDEL, Der Bundesstaatsbegriff, in: Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, 1893.

<sup>2)</sup> Daß der Staatenbund ein Staat sei, wurde tatsächlich schon im 18. Jahrhundert von J. E. SCHMIDT, *Exercitatio politico-historica de civitatis origine civitatumque systematis exemplo reip. Batavorum illustratis*, Jenae 1745, und ebenso von CHR. F. HARPPRECHT, *De hypothese communi systematis foederatarum civitatum difficultates circa formam Imp. Rom. Germ. non solvante*, Tübingae 1750, behauptet. Vgl. darüber EBERS a. a. O. S. 30 ff.

<sup>3)</sup> So SCHULZE, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1881, und GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in Schmollers Jahrbuch VII (1883). Vor allem aber die meisten deutschen Völkerrechtslehrer. Vgl. dazu EBERS a. a. O. S. 206 ff.

<sup>4)</sup> Sehr verbreitet ist die Lehrmeinung, das Völkerrecht schaffe keine juristische Persönlichkeit, diese sei ihm fremd. So typisch JELLINEK, Staatenverbindungen, S. 178 ff. Er führt aus: Eine juristische Person könne nur innerhalb der staatlichen Rechtsordnung entstehen, sie sei „die Schöpfung einer Rechtsordnung“, „welche über denjenigen stehen muß, durch deren Willen sie gebildet werden kann. Die Rechtsordnung des Völkerrechts jedoch, welche ihre juristische Sanktion in dem Willen der Staaten hat, kann unmöglich aus und über mehreren Staatspersönlichkeiten eine juristische Person schaffen... Wenn im Staate durch Vertrag einzelner eine juristische Person gebildet wird, so knüpft die Rechtsordnung an die Handlungen der Konsti-

dann ist eben ein Rechtsgebilde eine juristische Person, oder ist es nicht. Ist man der Meinung, daß zwischen Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt ein Wesensunterschied bestehe, dann kann man nicht behaupten, daß etwas zugleich das eine und das andere sei. Sieht man freilich in der juristischen Person eine im Ermessen des Juristen stehende Konstruktion, mittels deren man jedes Rechtsverhältnis d. h. jede Gesamt- oder Teilrechtsordnung personifizieren kann — aber nicht muß, — dann steht freilich nichts im Wege, ein und dasselbe Rechtsverhältnis bald zu personifizieren, bald auf seine Personifikation zu verzichten, das Rechtsverhältnis nur in der einen, nicht aber in einer anderen Richtung als Person zu behandeln. Eine solche nur teilweise Inanspruchnahme des personifikativen Denkbehelfs bei einem und demselben Gebilde ist zwar nicht wahrscheinlich, aber immerhin theoretisch denkbar. Jedenfalls sind die in Rede stehenden Theorie-

tuenten die Entstehung der juristischen Person als Rechtswirkung . . . Ueber einem Staatenbund aber erhebt sich keine Macht, die das schaffen könnte, was auch die summierten Willen der Einzelstaaten nicht vermögen“. Gewiß, wenn das Völkerrecht keine über allen Staaten stehende Universalordnung ist, dann ist auch keine — durch Rechtsgeschäft konstituierte — über speziellen Staaten stehende Teilordnung möglich. Und daher auch keine Personifikation dieser Teilordnung. Weil es an einem Substrat fehlt, kann der die Rechtsordnung begreifende Jurist — nicht aber die Rechtsordnung — keine juristische Person „schaffen“. Doch muß einschränkend bemerkt werden: Nichts kann den Gesetzgeber hindern, in seiner frei gewählten Terminologie „juristische Person“ zu nennen, was er will. Genau so wie eine bestimmte Anschauung von „juristischer Person“ dann spricht, wenn die personifizierte Ordnung zu ihrer Fortbildung und Durchsetzung den Majoritätsbeschluß der rechtsunterworfenen Subjekte einsetzt, so ist es, speziell im Bereiche des Vermögensrechtes, üblich, vornehmlich dann sich der Personifikation bewußt zu werden und von einer juristischen Person *κατ' ἐξοχὴν* zu sprechen, wenn die durch eine Teilordnung zu einer Gemeinschaft verbundenen Subjekte kraft positiv-rechtlicher Anordnung eine gewisse Beschränkung der vermögensrechtlichen Haftung genießen. Es ist zwar theoretisch falsch, nur in einem solchen Falle eine „juristische Person“ anzunehmen. Wenn man aber „juristische Person“ mit dem Rechtsinstitut einer Haftungsbeschränkung identifiziert — und der Sprachgebrauch läßt sich nicht verhindern — dann kann man sagen, daß die Rechtsordnung die juristische Person „schafft“, sofern sie eben die Bedingungen und den Umfang der Haftung statuiert. Nur auf die irrige, weil im Widerspruch zu der heute auf allen Gebieten des Rechtes verbreiteten Denkgewohnheit der Personifikation stehende Identifikation der juristischen Person mit diesem vermögensrechtlichen Institut ist die Anschauung zurückzuführen, die Anwendung des Begriffs der juristischen Person im öffentlichen Recht im allgemeinen und im Völkerrecht im besonderen sei eine „gefährliche privatrechtliche Analogie“, wie noch JELLINEK, Staatenverbindungen, S. 179 sagt, obgleich er in seiner Allgemeinen Staatslehre den Staat selbst, unzweifelhaft ein Gebilde öffentlichen Rechts, nur als Rechtssubjekt, als juristische Person also, begreifen will.

tiker weit davon entfernt. Wenn sie einen staatsrechtlichen und einen völkerrechtlichen Bereich unterscheiden und ein und denselben Gegenstand in jeder dieser beiden Sphären als wesensverschieden behaupten, so liegt — wie schon bei der Unterscheidung von staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Vertragsgültigkeit, staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Staatenverbindungen usw. — ein Wechsel des erkenntnistheoretischen Standpunkts vor. „Staatsrechtlich“, das heißt: vom Standpunkt des Primates staatlicher Rechtsordnung, „völkerrechtlich“ aber bedeutet in diesem Gegensatz eine mehr oder weniger konsequente, mehr oder weniger weitgehende Negation des ersteren Standpunkts, die Annäherung an die Vorstellung vom Primat der Völkerrechtsordnung; womit freilich nicht gesagt sein soll, daß die Annahme einer über den Einzelstaaten stehenden Teilordnung, der Bundesverfassung, die ja die Personifikation des Bundes insbesondere mit Rücksicht auf die von der Bundesverfassung eingesetzten Organe für den Außenverkehr des Bundes nahelegt — und der wieder über der Bundesverfassung stehenden Völkerrechtsordnung folgerichtig durchgeführt wird; wie ja schon der ängstliche Widerstand zeigt, auf den die Personifikation der Völkerrechtsordnung selbst bei solchen Theoretikern stößt, die zwar den Mut haben, die Unterordnung von Einzelstaaten unter eine Teilrechtsordnung: die vertragsmäßige Bundesverfassung, als mit der Souveränität dieser Staaten für unvereinbar zu erklären, die allgemeine Unterordnung aller Staaten unter die Völkerrechtsordnung aber, aus der die spezielle Teilrechtsordnung ihre ganze Geltung, ihre rechtliche Existenz holt — gleichzeitig mit der dadurch unberührten Souveränität dieser Staaten behaupten.

Allerdings hätte die Tatsache, daß die Völkerrechtjuristen ausnahmslos ohne die geringste Rücksicht auf die Konstruktionen der Staatsrechtstheorie den Staatenbund ganz ebenso wie den Bundesstaat als juristische Person behandelten<sup>1)</sup> und so den angeblich wesentlichen Unterschied zwischen beiden einfach ignorierten, die Staatsrechtstheorie schon längst stutzig machen und der Erkenntnis zum Durchbruch verhelfen können, der man mitunter schon recht nahe war: daß der ganze Unterschied sich auf rechtsinhaltliche Differenzen beschränkt, und daß die konkreten Rechtsgebilde, die historischen Staatenbünde und Bundesstaaten Mischformen, Uebergangsstufen<sup>2)</sup> zwischen zwei Grenzpunkten darstellen,

<sup>1)</sup> Vgl. dazu EBERS a. a. O. S. 242 ff.

<sup>2)</sup> Gestützt auf die amerikanische Theorie, die jeden wesentlichen Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat leugnete, hatte TOCQUILLE gelehrt: Da der ganze Unterschied zwischen Konföderation und Union darin

deren Spannung durch das oben bereits charakterisierte Moment der praktisch größten und geringsten Möglichkeit eines Gegensatzes zwischen dem Willen der verbundenen Subjekte und dem Rechtswillen der verbindenden Ordnung bestimmt wird. Da es sich dabei nicht um zwei begrifflich fest abgrenzbare Typen, sondern um Annäherungsgrößen handelt, ist nur selbstverständlich, daß es bei Beurteilung eines konkreten Gebildes zu den stärksten Gegensätzen in der Literatur kommen muß, wenn diese — was als Errungenschaft der deutschen staatsrechtlichen Schule gepriesen wurde — Staatenbund und Bundesstaat als zwei wesensverschiedene, einander begrifflich ausschließende Kategorien behandelt, so daß z. B. das Deutsche Reich von dem einen Gelehrten als Bundesstaat, von dem anderen aber als Staatenbund angesprochen werden <sup>1)</sup> und der eine den Bundesstaat als einen Spezialfall des Staatenbundes, der andere ihn als Einheitsstaat erklären konnte <sup>2)</sup>. Da der zu deutende Tatbestand, die Rechtsordnung, außer Zweifel steht, so muß offenbar in der Deutungsmethode ein prinzipieller Fehler liegen.

### § 60.

#### Die freiwillige Einschränkung der Souveränität

Von dieser Methode — gegen die sich diese Untersuchungen in erster Linie richten — gibt die jüngste und wegen ihrer ausgezeichneten Verarbeitung der ganzen Literatur wertvollste Darstellung des in Rede stehenden Problems, EBERS' Lehre vom Staatenbunde, eine typische Probe. Im Mittelpunkt seiner Argumentation steht der Souveränitätsbegriff. Diesen bestimmt EBERS „als die Eigenschaft eines Staates, in seiner Sphäre die höchste Gewalt

bestehe, daß nur bei der letzteren der Bundesgewalt eine unmittelbare Einwirkung auf die Bürger eingeräumt sei, im übrigen die Befugnisse der Bundesgewalt hier wie dort dieselben seien; sei das Recht in beiden Fällen dasselbe, aber seine Ausübung verschieden; nicht im Umfang der Befugnisse der Zentralgewalt, sondern in der Art der Ausübung liege der Unterschied zwischen Union und Konföderation. Vgl. EBERS a. a. O. S. 100. 255.

<sup>1)</sup> Z. B. LABAND und SEYDEL.

<sup>2)</sup> So HELD, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, 1856, der den Gliedstaaten im Bundesstaate wegen der fehlenden Souveränität den Charakter von Staaten und folgerichtig dem Bundesstaat den einer Staatenverbindung abspricht. HELD sagt auch mit Recht, daß wenn man von dem Moment der Souveränität absehe, jeder wesentliche Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat verschwinden müsse. Vgl. EBERS a. a. O. S. 115, der sehr unzutreffend behauptet, daß HELD damit das gewonnene Resultat (der Bundesstaat ein Einheitsstaat) wieder in Frage stelle.



zu sein“<sup>1)</sup>. Die in der Definition vollzogene Einschränkung der Souveränität auf die eigene Sphäre — die, wie oben gezeigt, eine Negation der Souveränität wäre — wird allerdings sofort wieder aufgehoben, indem behauptet wird, in dieser Definition komme „die Unabhängigkeit des Staates vor jeder anderen Gewalt, jedem anderen höheren Willen, sodann die Ueberordnung des Staates über alle auf seinem Gebiete befindlichen Personen und Korporationen, die Unterordnung jedes anderen Willens unter den des Staates“ zum Ausdruck. Dieser formale Souveränitätsbegriff wird jedoch wieder durch eine Inhaltsbestimmung beschränkt und daher neuerlich aufgehoben, indem nicht die Freiheit von jeder Gewalt, sondern nur die Freiheit von der „Leitung und Aufsicht“ (Kontrolle) eines „höheren Gewalthabers“<sup>2)</sup> als Wesen der Souveränität behauptet wird. Eine „höhere Gewalt“, die sich darauf beschränkt, eine niedere Autorität für einen bestimmten territorialen oder sachlichen Bereich einzusetzen, zu delegieren und die Fortbildung und Durchsetzung der so konstituierten Teilordnung den von dieser selbst zu bestimmenden Organen überläßt, bleibt als „höhere Gewalt“ bestehen, ohne daß von ihr eine „Leitung“ oder „Aufsicht“, das sind spezifisch verwaltungstechnische Funktionen, ausgehen. Sehr treffend bemerkt EBERS, daß ein Staat, der auch nur in einem Teile seiner Beziehungen einem höheren Willen unterworfen sei, nicht mehr als souverän bezeichnet werden könne. Er lehnt den Begriff einer „beschränkten Unabhängigkeit“, einer „beschränkten, relativen Souveränität“ ab. Er sagt, das Wesen der Souveränität richtig erkennend: „Was eben teilweise abhängig, teilweise unabhängig ist, ist nicht mehr absolut unabhängig, nicht mehr souverän“<sup>3)</sup>. Aber was anderes ist die Souveränität des Staates „in seiner Sphäre“ oder die lediglich hinsichtlich „Leitung und Aufsicht“ bestehende Unabhängigkeit als eine relative Souveränität, d. h. ein relatives Absolutes? Und dabei läuft die weitere Argumentation doch wieder nur auf den Versuch hinaus, die Beschränkbarkeit der Souveränität nachzuweisen! Vermittels jener geläufigen Hypostasierung des Staates gelingt es nämlich EBERS, in der üblichen Weise den Staat als ein selbständiges Ding dem Recht als einer von ihm verschiedenen Wesenheit gegenüberzustellen. Er lehnt ausdrücklich „die Identifizierung von Staatswillen und objektivem Recht“<sup>4)</sup> ab und stellt fest: der Staat stehe „unter der Herrschaft des Rechtes“, er habe das Recht nicht zu „schaffen“, sondern zu „finden“, es „für sich und für die Personen und Korporationen auf seinem Gebiete zu konstatieren und

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 275.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 276.<sup>3)</sup> a. a. O. S. 276.<sup>4)</sup> a. a. O. S. 280.

seine Beobachtung sicherzustellen“<sup>1)</sup>. Man stelle sich nur vor: Die „Staat“ genannte Ordnung — oder sollte EBERS bezweifeln, daß der Staat eine Ordnung sei? — diese personifizierte Ordnung konstatiert und beobachtet eine andere Ordnung, nämlich das Recht, und stellt dann ihre Beobachtung sicher. Warum eigentlich die eine Ordnung die andere „sicherstellt“, wie diese Sicherstellung erfolgt, ist nicht ganz klar. Wie peinlich jedenfalls für den „Staat“, wenn er schließlich konstatieren müßte, sich selbst beobachtet und sichergestellt zu haben! Die Vorstellung des das Recht als Schranke für sich, als Selbstbeschränkung also, selbst sicherstellenden Staates, ist offenbar nichts anderes als die alte Selbstverpflichtungstheorie. Es ist im Grunde nur der Staat, der den Staat beschränkt. der Staat seine eigene Schranke. Unter dieser Voraussetzung besagt es so gut wie nichts, wenn der Staat — wie EBERS nunmehr behauptet — in dem von ihm beobachteten und sichergestellten Recht die Schranken seiner Souveränität findet. Welcher Art diese Schranken sind, ist nicht ersichtlich. Sie seien „durch die Natur und Aufgaben der Individuen und Korporationen gegeben“, entsprächen „dem Gemeinzwirk“<sup>2)</sup>, den der Staat zu verwirklichen hat. Etwas allgemein gesagt! Bleibt immer noch fraglich, warum zu solchen aus der Natur der Glieder und dem Zweck des Staates folgenden Schranken das Recht (als ein vom Staat verschiedenes Wesen) notwendig ist. Aus diesem Verhältnis des Staates zum Recht ergäbe sich mit Gewißheit, „daß solche Schranken bestehen, daß sie nicht nur mit der Souveränität vereinbar sind, sondern sogar zu ihrem Wesen gehören. Sie haben deshalb auch für die Frage der Beschränkbarkeit der Souveränität im Sinne der Unterordnung unter einen höheren Willen keine Relevanz“. Nun muß es allerdings sehr befremden, daß EBERS das Recht, „unter“ dessen Herrschaft er den Staat vorstellt, offenbar doch wieder nicht als einen „höheren“ Willen gelten läßt, dem der Staat „untergeordnet“ ist. Und es ist völlig unbegreiflich, wenn er fortfährt: „Wenn der Staat einem fremden Willen untersteht, so ist er nicht mehr frei, besitzt er nicht mehr die höchste Gewalt, verliert er also auch seine Souveränität. Wohl aber kann er selbst sich freiwillige Beschränkungen auferlegen, die seine Souveränität unberührt lassen. Denn das ist ja gerade ein Ausfluß seiner Souveränität, seine Tätigkeit frei nach seinem Willen, wenn auch innerhalb jener formellen Schranken, bestimmen, also auch sich selbst zugunsten anderer beschränken zu können, ohne seinen Charakter als freier, unabhängiger, souveräner Staat aufzugeben“<sup>3)</sup>. Man bedenke: Mit

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 281.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 281.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 282.

größtem Nachdruck wird erst das Recht als ein vom Staate verschiedenes Wesen, das kann doch offenbar nichts anderes heißen: als ein dem Staate fremder Wille behauptet. Dieser fremde Wille setzt dem Staat eine Schranke, kann ihm diese Schranke nur setzen, weil — wie ausdrücklich behauptet wird — der Staat unter der Herrschaft des Rechts, also unter diesem ihm fremden Willen steht. Und nun wird angenommen, daß der Staat keinem fremden Willen unterstehe, daß er nur sich selbst freiwillig Beschränkungen auferlege und eben darum souverän bleibe, ja gerade, weil er souverän sei! Früher war es das vom Staate verschiedene Recht, das dem Staate die — seine Souveränität nicht berührenden — Schranken setzte. Jetzt ist es der Staat selbst, offenbar weil nunmehr wieder Staat und Recht identifiziert werden. Dabei ist festzuhalten, daß nach dieser letzten Fassung eine Beschränkung die Souveränität nur dann nicht berührt, wenn sie eine freiwillige Selbstbeschränkung ist. Daraus zieht nämlich EBERS den Schluß, daß ein „Staat souverän ist, der nur durch Vertrag gebunden ist“<sup>1)</sup>. Allerdings fügt er im Widerspruch zu dem eben aufgestellten Axiom die Einschränkung hinzu: Es gäbe doch „Verträge, durch welche die Vertragsstaaten ihre Souveränität aufgeben“. EBERS meint die sog. konstitutiven Verträge, die er den bloß obligatorischen, die die Souveränität unberührt lassen, entgegensetzt. Da auch die konstitutiven Verträge unzweifelhaft freiwillige Selbstbeschränkungen darstellen, ist offenbar wieder ein anderes Kriterium für die Souveränität eingeschlichen. EBERS meint im weiteren Verlaufe: „Die Souveränität wird erst aufgehoben, wenn der Staat in ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis zu einem anderen Staate tritt, so daß er dessen Willen als einen ihm übergeordneten, höheren anerkennen muß, dieser aber jederzeit aus eigener Machtvollkommenheit in sein Selbstbestimmungsrecht eingreifen kann“<sup>2)</sup>. Zwei neue Momente sind es also, die die Souveränität aufheben. Ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis — gibt es überhaupt ein anderes als ein personenrechtliches? — scheint EBERS dann anzunehmen, wenn die höhere Person „aus eigener Machtvollkommenheit“ in das Selbstbestimmungsrecht — das ist doch wohl nur ein anderes Wort für Souveränität? — eingreifen kann. Daß die Souveränität des einen aufgehoben ist, wenn ein anderer in sie eingreifen darf, ist eine Tautologie. Ein Widerspruch ist es aber, wenn dies aus „eigener Machtvollkommenheit“ des andern geschehen soll, da EBERS von einem vertragsmäßigen Aufgeben der Souveränität spricht. In diesem Falle ist es aber nicht mehr die eigene Machtvollkommenheit des anderen,

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 282.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 283.

sondern — zumindest auch — die Machtvollkommenheit desjenigen Staates, in dessen „Souveränität“ einzugreifen, dieser Staat selbst im Verträge dem anderen Staate eingeräumt hat. EBERS führt auch fort: „Im übrigen lassen sich indessen keine Grenzen für die freiwillige Einschränkung der Souveränität ziehen“<sup>1)</sup>. Und er erklärt schließlich — das neueingestellte Kriterium wieder fallend — „dem Staat sind, mag er in der Uebertragung von Hoheitsrechten an einen anderen Staat selbst so weit gehen, daß die Souveränität nur noch als nudum jus erscheint, rechtlich keine Grenzen gesetzt, freiwillig seiner Souveränität Beschränkungen aufzuerlegen“, und wiederholt noch einmal den Satz, „daß durch die freiwillige Selbstbindung des Staates die Souveränität nicht berührt werde“<sup>2)</sup>. Auch wenn die Uebertragung von Hoheitsrechten soweit geht, daß diese freiwillige Selbstbindung ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis zum Inhalt hat?

Auf diese — etwas unsichere — Grundlage gestützt, geht EBERS an die Untersuchung der Stellung, die den Staaten im Staatenbund eingeräumt ist. Er meint, „da der Staatenbund nicht selbst Staat ist, diese vielmehr seine Glieder sind, so müssen diese, eben weil sie Staaten sind, auch souverän sein“<sup>3)</sup>. Daraufhin wären nun die einzelnen Bundesverfassungen zu prüfen. Zunächst stellt nun EBERS fest, daß aus den Grundverträgen der bekannten Staatenbünde hervorgehe, daß den Gliedern ausdrücklich die Souveränität vorbehalten sei; die Wahrung der Unabhängigkeit werde geradezu als Hauptzweck des Bundes bezeichnet<sup>4)</sup>. Daß ein Vertrag schon darum allein als Staatenbund und die Einzelstaaten als souverän bezeichnet werden müssen, weil dies der Vertrag selbst tut, wäre schon deshalb falsch, weil dahingestellt bleibt, was dieser Vertrag unter Souveränität versteht. Zwischen dem theoretischen Begriff und dem Sprachgebrauch des Gesetzes wie des Rechtsgeschäftes besteht nicht selten eine große Differenz. Nie kann ein rechtstheoretisches Problem durch den „Gesetzgeber“, d. h. durch den Inhalt einer Norm gelöst werden. Zumal das der Souveränität, das die Frage einer Hypothese, einer Voraussetzung juristischer Erkenntnis ist! Hat sich die Rechtstheorie im geringsten verhindern lassen, die Schweiz als Bundesstaat und ihre Kantone als nichtsoverän zu erkennen, obgleich die Schweizer Bundesverfassung den Gliedstaaten die Souveränität ausdrücklich zuerkennt und die Wahrung derselben als ihren Zweck erklärt? Immerhin scheint ja EBERS geneigt, diesen

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 283.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 285.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 284.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 285.

„Ausdrücken“ kein allzu großes Gewicht beizulegen<sup>1)</sup>, denn er führt sofort ein anderes Moment an, das gleichfalls aus den Grundverträgen hervorgehe und „entschieden für die Souveränität der Staaten“ spreche: „die Art der Kompetenzverteilung“. EBERS scheint hier wieder die „vertragsmäßige und freiwillige“ Uebertragung von Hoheitsrechten auf den Bund im Auge zu haben. Ja, er geht sogar so weit, zu behaupten: „Wie nun der Staat seine Souveränität durch seinen eigenen Willen unbeschadet zu beschränken vermag, so muß er dies in gleicher Weise auch bezüglich seiner Kompetenz-Kompetenz tun können, ohne aufzuhören, ein souveräner Staat zu sein“<sup>2)</sup>. Es ist nicht einzusehen, warum nicht durch freiwillig geschlossenen Vertrag die verbundenen Staaten dem Bunde überhaupt die materielle Kompetenzhoheit übertragen können sollen, d. h.: Es kann in die vertragsmäßige Bundesverfassung die Bestimmung aufgenommen werden, daß die Aenderung dieser Verfassung, ihre Ausdehnung auf Kosten der Verfassung der Gliedstaaten durch Willensakt eines Bundesorgans, eventuell durch Mehrheitsbeschluß der Vertreter der verbundenen Staaten erfolgen kann. Wäre die freiwillige Selbstbindung das Kriterium der gewährten Souveränität, müßten die verbundenen Staaten auch in diesem Falle als souverän behauptet werden. Ein Staatenbund mit Kompetenzhoheit des Bundes — ist das nicht schon ein Bundesstaat? Wenn EBERS nur gewisse, vertragsmäßige „Einschränkungen“ der Kompetenzhoheit zugesteht und auf die Tatsache verweisen zu müssen glaubt, daß „sämtliche Grundverträge Verfassungsänderungen und damit die Ausdehnung der Zuständigkeit der Bundesgewalt von der Zustimmung sämtlicher Einzelstaaten abhängig“ machen, so ist das erstere eine theoretische Inkonsequenz, das letztere irrelevant.

Rätselhaft ist aber, wenn EBERS, nachdem er immer wieder die freiwillige Selbstbeschränkung als das entscheidende Kriterium für die Wahrung der Souveränität betont, es ablehnt, „die vertragsmäßige Entstehung der historischen Staatenbünde“ als Argument für die Souveränität der Staaten und damit als Beweis gegen den Korporationscharakter des Bundes gelten zu lassen<sup>3)</sup>. Ist der Vertrag nicht der typische Ausdruck für die freiwillige Selbstbindung? Kann eine vertragsmäßige Bindung — gerade vom Standpunkt der EBERSschen Anschauung — anders denn als eine freiwillige Selbstbindung betrachtet werden? EBERS führt hier die bekannte Theorie vom „konstitutiven“ Vertrag an. Mag dieser immerhin einen andern Inhalt haben als der „obligatorische“ Vertrag; das Moment der freiwilligen Selbstbindung kann ihm darum nicht ab-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 286.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 286.

a. a. O. S. 287.

gesprochen werden. Aber EBERS argumentiert: „Und es ist in der Tat nicht einzusehen, warum souveräne Staaten, die durch obligatorischen Vertrag sich freiwillige Beschränkungen ihrer Souveränität auferlegen, sich selbst verpflichten können, nicht auch die Macht haben sollen, durch einen Konstitutivvertrag eine über ihnen stehende Gesamtpersönlichkeit zu schaffen, der sie sich in einem größeren oder kleineren Kreis von Beziehungen des staatlichen Lebens unterwerfen, d. h. das Recht einräumen, nach ihrem Ermessen, unabhängig vom Willen der Staaten, für diese bindende Anordnungen zu treffen“<sup>1)</sup>. Damit sollen sie nach EBERS ihre Souveränität verlieren. EBERS beruft sich hier auch beim Konstitutivvertrag auf die freiwillige Selbstbeschränkung, wenn er aus der Fähigkeit der Staaten, obligatorische Verträge einzugehen, auf die analoge Fähigkeit hinsichtlich der konstitutiven schließt. Allerdings ist es ein offenkundiger Widerspruch, wenn er von der dem Bunde durch solchen Vertrag von den Einzelstaaten freiwillig und durch deren eigenen Willen eingeräumten Befugnis behauptet, sie werde „unabhängig vom Willen der Staaten“ ausgeübt. Nichts berechtigt ihn, gerade in diesem Falle über dem materiellen Inhalt der Befugnis des Bundes die formale Beziehung auf den die Befugnis begründenden Vertrag zu vergessen. Daß gerade nur in diesem Falle eine höhere Persönlichkeit geschaffen werde (steckt hier das „personenrechtliche“ Unterordnungsverhältnis?), ist selbstverständlich ganz unbegründet. Damit fällt aber die einzige Möglichkeit, den Bundesstaat vom Staatenbund prinzipiell zu scheiden, in sich zusammen.

### § 61.

#### Bundesexekution, Sezession, Nullifikation.

Gestützt auf das formale Kriterium der freiwilligen Selbstbindung im Vertrag weist EBERS folgerichtig die Anschauung zurück, die auf der Festsetzung des Majoritätsprinzips im Bundesvertrage den Korporationscharakter des Bundes und somit den Mangel der Souveränität der Einzelstaaten begründet<sup>2)</sup>. Können sich sou-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 288.

<sup>2)</sup> Hauptvertreter dieser bei den meisten Autoren sich irgendwie geltend machenden Anschauung ist HAENEL a. a. O. S. 41 ff. Aber auch JELLINEK, der die HAENELsche Auffassung zurückweist (Staatenverbindungen S. 170) und die Delegierung von Majoritätsbeschlüssen in der Bundesverfassung nicht als entscheidend für die Entstehung einer über den verbundenen Gliedern stehenden juristischen Person gelten lassen will, erklärt als ein wesentliches Kriterium zwischen Bundesstaat und Staatenbund: „Wo daher die Kompetenz eines Bundes nur durch den einhelligen Vertragswillen der Glieder abgeändert wer-

veräne Staaten — so meint EBERS — überhaupt durch Vertrag verpflichten, so können sie sich auch vertragsmäßig verpflichten, einem Majoritätsbeschluß künftig sich zu fügen<sup>1)</sup>. Er betont gegen JELLINEK, daß der überstimmte Staat bei der Befolgung des Beschlusses nicht seinen eigenen Willen vollführe, sondern — was EBERS hier allerdings nicht ausdrücklich sagt — einen fremden, den übergeordneten Willen der Vertragsordnung, was freilich nur dann richtig ist, wenn man nicht — wie dies gerade EBERS tut — auf den Vertrag als den Ursprung der Bindung zurückgeht, sondern auf den objektiven Vertragsrechtssatz, aus dem die Vertragsordnung ihre Geltung holt.

Gegenüber jenen Autoren, die eine Beeinträchtigung der Souveränität der verbundenen Staaten darin erblicken, daß die Bundesgewalt ermächtigt wird, in die inneren Angelegenheiten der Staaten einzugreifen<sup>2)</sup>, und gegenüber jenen, die die Souveränität der Staaten im Staatenbund — zum Unterschied vom Bundesstaat — dadurch gewahrt sehen, daß die Bundesgewalt keine unmittelbaren Einwirkungen auf die Untertanen hat<sup>3)</sup>, beruft sich EBERS auf die vertragsmäßige Begründung sowohl der Ermächtigung zu Eingriffen in die inneren Angelegenheiten, als auch zu unmittelbarer Einwirkung auf die Untertanen. Er wiederholt immer wieder das Argument: Wenn die Staaten sich überhaupt vertraglich verpflichten können, ohne ihre Souveränität zu verlieren, warum sollten sie ihren Verträgen nicht auch diesen Inhalt geben können? Und ebenso argumentiert EBERS hinsichtlich einer im Bundesvertrag für den Fall der Nichtbefolgung von Bundesbeschlüssen vereinbarten Bundesexekution, daß auch diese — weil vertragsmäßig begründet — nicht im Widerspruch zur Souveränität der vertragsschließenden Partei erfolge<sup>4)</sup>. Gewiß: wenn souveräne Subjekte einen verbindlichen Vertrag eingehen können, dann kann — voraussetzungsgemäß — kein Vertragsinhalt die Souveränität beeinträchtigen. Allein in der Vorstellung eines die koordinierten Subjekte verbindenden Vertrages und somit einer über ihnen stehenden Rechtsordnung steckt schon die Aufhebung der Souveränität. Die Vorstellung eines rechtsverbindlichen Staaten-Vertrages ist eben mit dem Souveränitätsdogma unvereinbar. Mit Beziehung auf diese voraus-

den kann, da ist kein Bundesstaat und überhaupt kein Staat, sondern nur eine mit delegierter und daher auch von dem Eigner zurückziehbarer Macht ausgerüstete Sozialgewalt vorhanden“ a. a. O. S. 296. Also ist doch das Majoritätsprinzip entscheidend?

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 289.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 293.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 295.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 290.

gesetzte Unterwerfung unter die Rechtsordnung ist der Wille der Subjekte im Grunde auch nicht im Augenblicke des Vertragsabschlusses „frei“, und wird nicht erst nach Abschluß des Vertrages „gebunden“, wie man anzunehmen pflegt. Er ist vielmehr stets gebunden, weil der Rechtsordnung unterworfen, weil er nur im Rahmen, inner den Schranken der Rechtsordnung existent werden kann. Zu welchen Konstruktionen es führen muß, wenn man die rechtliche Bindung auf den Willen der Parteien im Vertrag und nicht auf die objektive Rechtsordnung zurückführt, das zeigt gerade der Fall der Bundesexekution. Da EBERS die „Freiwilligkeit“ nachweisen muß, um die Souveränität zu wahren, ist er zu der Behauptung gedrängt: daß der Staat, der sich weigert, einen Bundesbeschluß auszuführen, und gegen den nun mit Zwang, mit Bundesexekution vorgegangen wird, sich freiwillig unterwirft: denn im Bundesvertrag habe sich dieser Staat freiwillig mit der etwaigen Erzwingung für einverstanden erklärt! Aber vielleicht hat er seinen „Willen“ schon im nächsten Augenblick nach dem Vertragsabschluß geändert? Jedenfalls hat er den im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhandenen Willen, sich den Bundesbeschlüssen zu fügen, in dem Augenblicke nicht, da gegen ihn Zwang geübt werden muß. Wo Zwang ist, da kann — so sollte man meinen — zugleich keine Freiheit sein<sup>1)</sup>? Es ist eben überhaupt nicht der im Vertrag geäußerte Wille des rechtsunterworfenen Subjektes, dem sich dieses Subjekt selbst zu fügen hat, der rechtlich bindet, sondern der „Wille“ der Rechtsordnung, der diesem „Willen“ des Subjektes gegenüber stets ein fremder, höherer Wille ist, auch wenn er seinen Inhalt aus irgendeinem einmaligen Willensakte des Subjektes holt. Darum ist ja diese ganze, auf die freiwillige Selbstbindung des Vertrages aufgebaute Souveränität ein Unding!

Weil auch im Falle der Exekution nur freiwillige Unterwerfung vorliege, so könne — schließt EBERS — von keiner „Herrschaft“, keiner „personenrechtlichen Unterordnung unter den Gesamtwillen“

<sup>1)</sup> Das gleiche Problem ergibt sich bei dem Versuche des individualistischen Naturrechts, den Staat — d. h. die einzelstaatliche Rechtsordnung — auf der Souveränität — hier „Freiheit“ — der Individuen aufzurichten. Ausgehend von der Konstruktion des Gesellschaftsvertrages gelangt z. B. ROUSSEAU zu der mit diesem Ausgangspunkt in Widerspruch stehenden Annahme einer *volonté générale* und des weiteren zu der Konsequenz, daß man den Bürger, der dem allgemeinen Willen den Gehorsam verweigert, „zwingen werde, frei zu sein“ (*Du contrat social*, I. Buch, 7. Kap.). Vgl. dazu meine Schrift: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 1920. Dort zeige ich die Metamorphose auf, die der Freiheitsbegriff durchmachen muß, um zur Grundlage einer Theorie des Staates zu werden.



die Rede sein. Daß das Moment der Freiwilligkeit die personenrechtliche Unterwerfung ausschließen soll, steht in direktem Widerspruch zu der Tatsache, daß EBERS gerade auf der gemeinsamen Grundlage des Vertrages, also der freiwilligen Selbstbindung, einerseits — bloß obligatorisch — Verpflichtungsverhältnisse, andererseits — konstitutiv — die personenrechtliche Unterordnung unter eine durch Vertrag geschaffene Gesamtpersönlichkeit aufbaut<sup>1)</sup>. Das Fehlen einer „personenrechtlichen Unterordnung unter den Gesamtwillen“ schließt EBERS aber auch aus folgendem: Widersetzt sich der Staat der Exekution, kommt es zum Krieg. Der Widerstand gegen die Exekution sei nicht Rebellion. Gegen den Einwand, daß während des Bestehens des Bundesverhältnisses ein Krieg zwischen den Gliedern ausgeschlossen sei, führt EBERS an: „Sobald aber der renitente Staat gegen den mit Exekution betrauten Staat die Waffen erhebt, sich also dem Bundeszwange nicht fügen will, bricht er den Bundesvertrag und spricht damit seinen Austritt aus dem Bunde aus“<sup>2)</sup>. Ganz abgesehen sei hier davon, daß der Krieg — ob nun innerhalb eines engeren Bundesverhältnisses oder innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt — soferne er als Rechtsakt begriffen werden soll, nur als Exekution, als Rechtszwang, als Rechtsdurchsetzung gelten kann und daß daher die an die verschiedene Deutung dieses Zwangsaktes anknüpfende Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat, hier Exekution, dort nackter Krieg (die Qualifikation des Widerstandes: hier Rebellion, dort gleichfalls Krieg, ist sekundärer Natur) hinfällig ist. Nur von den eigenen Voraussetzungen der EBERSschen Darstellung selbst soll ausgegangen werden. Da ist erstlich festzustellen, daß die Behauptung: der renitente Staat bricht den Bundesvertrag und spricht damit seinen Austritt aus dem Bunde aus, eine Fiktion ist. Sein Wille geht — voraussetzungsgemäß — nur auf Nichterfüllung einer speziellen, konkreten Einzelverpflichtung, ja vielleicht liegt überhaupt nur die Leugnung dieser konkreten Verpflichtung bei voller Anerkennung des Bundesvertrages vor. Der „renitente“ Staat ist weit davon entfernt, austreten zu wollen. Von dem „Aussprechen“ eines solchen Willens ist schon gar keine Spur. Die Behauptung EBERS' könnte nur den Sinn haben: Im Falle dieses Vertragsbruches ist der Vertrag — objektiv, d. h. nach den Bestimmungen des Völkerrechts oder spezieller Bestimmung des Vertrags selbst — als aufgelöst zu betrachten. Denn der Austritt aus dem Bunde ist für den Austretenden gleichbedeutend mit der Auflösung des Vertrages, der Been-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 283, 288.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 291.

digung der Verbindlichkeit dieser speziellen Vertragsordnung. Zu einer solchen Annahme fehlt allerdings jeder Grund. Ueberdies wäre nicht einzusehen, weshalb gerade nur dieser Vertragsbruch — nämlich Widerstand gegen Bundesexekution — die Auflösung des Vertrages zur Folge haben sollte. Nach der Ausführung EBERS' wird aus dem Vertragsbruch als solchem auf die Auflösung geschlossen. Eine Verpflichtung, die aufgehoben sein soll, wenn sie nicht erfüllt wird, ist aber keine Verpflichtung. Es ist ein: du sollst, wenn du willst. Da jede völkerrechtliche Verpflichtung, und so auch jede Bundesvertragspflicht schließlich unter der Sanktion der Exekution, letztere speziell der Bundesexekution steht, bedeutet die Annahme, daß der Widerstand gegen die Bundesexekution der Auflösung des Bundesvertrages gleichkomme, die Negation der verbindlichen Kraft dieses Vertrages, die Aufhebung des Begriffs eines Staatenbundes.

Damit ist auch das vielerörterte Problem des Sezessions- und Nullifikationsrechtes im Staatenbund aufgerollt. So wie die Entstehung ist auch die Beendigung von Verpflichtungen und Berechtigungen an Bedingungen geknüpft, die die Rechtsordnung aufstellt. Die Rechtsordnung kann, wie bei der Entstehung so auch bei der Beendigung eines Rechtsverhältnisses, den Willen der verpflichteten und berechtigten Subjekte delegieren. Wie die Begründung von Pflichten und Rechten sowie deren Inhalt an den Vertrag, d. h. an den übereinstimmenden Willen der Parteien, so kann auch die Beendigung dieses Verhältnisses an den gleichen Tatbestand geknüpft, es kann den Parteien im Vertrag überlassen sein, selbst zu bestimmen, wie und wann das Vertragsverhältnis, die Geltung der Vertragsordnung enden solle. Natürlich können auch Rechtsverhältnisse von unbegrenzter (d. h. nur durch die natürlichen Tatsachen des Todes usw. faktisch begrenzter) Dauer entstehen. Jedenfalls bedarf es wie für ihre Entstehung so auch für ihre Beendigung eines positiv-rechtlichen Grundes. Haben die kontrahierenden Parteien in ihrem Vertrage keinen Endigungsgrund, keine Auflösungsmöglichkeit gesetzt, und fehlt es auch sonst an einem Rechtssatz der objektiven Rechtsordnung, dann liegen eben in ihrer zeitlichen Geltung grundsätzlich unbegrenzte Normen vor. Es wäre denn, daß man z. B. annehmen darf, die kontrahierenden Parteien hätten stillschweigend die Auflösung durch mutus dissensus vorausgesetzt, oder die Auflösung eines Vertrags durch solche Willenseinigung sei durch Gewohnheitsrecht eingeräumt usw. Der meist als selbstverständlich vorausgesetzte Satz: Ein Rechtsverhältnis kann auf dieselbe Weise beendet werden, auf die es entstanden

ist, muß, um angewendet werden zu können, auch hier als positiver Rechtsatz des betreffenden Systems nachgewiesen werden! Die Delegation des Subjektswillens seitens der objektiven Rechtsordnung hinsichtlich der individuellen Rechtsgestaltung hat jedoch — wie wiederholt betont wurde — insofern eine Grenze, als irgendeine Differenzmöglichkeit zwischen dem Inhalt des objektiven Rechts und dem des Subjektswillens offen bleiben muß.

Ist ein Bundesvertrag nicht für eine bestimmte Zeit geschlossen und ist die Auflösung durch *mutuus dissensus* nicht ausdrücklich vereinbart, so ist er als „ewiger“ Bund anzusehen. Denn es fehlt an einem Völkerrechtssatz, der einen Endigungsgrund liefert, und die „unausgesprochene“ Absicht der Kontrahenten ist gerade hier ein unbrauchbares Interpretationsmittel. Bei dem Abschluß von Staatenbundverträgen scheint im allgemeinen die Absicht mehr auf die Ewigkeit als auf begrenzte Zeitdauer zu gehen. Die Aufnahme einer Bestimmung in den Bundesvertrag, derzufolge die Parteien auf eine Auflösung durch *mutuus dissensus* ausdrücklich verzichten, ist daher überflüssig. Es genügt der Mangel einer bezüglichen positiven Bestimmung. Wenn demgegenüber die herrschende Lehre — und mit ihr EBERS — die Auflösungsmöglichkeit des Bundes durch übereinstimmenden Beschluß der Staaten auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, ja sogar gegen den ausdrücklichen Verzicht darauf behauptet, so kann solche Behauptung nur mit der Souveränität der verbundenen Staaten begründet werden. Das ist aber — abgesehen von allem anderen — ein *circulus vitiosus*, wenn man, was unvermeidlich ist, die Souveränität der Staaten umgekehrt wieder daraus erschließt, daß der Vertrag nicht unlösbar sei. Nicht die Unlösbarkeit des Vertrages, sondern die auf einem höheren Völkerrecht beruhende vertragliche Bindung ist mit der Souveränität unvereinbar. Vollends verfehlt aber ist, wenn die herrschende Lehre jedem Einzelstaate das weder in einem positiven Völkerrechtssatz, noch im Bundesvertrag begründete Recht zuspricht, jederzeit einseitig aus dem Bunde auszuscheiden, wenn es das Interesse — das Lebensinteresse pflegt man gewöhnlich einschränkend zu sagen — erfordert. Es kann sich bei diesem Sezessionsrecht nur um einen Spezialfall der berüchtigten *clausula rebus sic stantibus* handeln, unter deren „stillschweigender“ Voraussetzung angeblich alle völkerrechtlichen Verträge, also auch der Staatenbundvertrag, abgeschlossen werden. Ist nur freilich nicht zu begreifen, weshalb dieser Vorbehalt beim Abschluß jener Verträge gefehlt haben sollte, auf denen die sog. Bundesstaaten begründet wurden, wenn Gliedstaaten der herrschenden Lehre zufolge kein Sezessionsrecht

haben<sup>1)</sup>. In Wahrheit ist die Annahme der *clausula rebus sic stantibus* im allgemeinen — sofern ein positiver Völkerrechtssatz dieses

<sup>1)</sup> BINDING sagt dazu das Folgende: Die Verfassung des Bundesstaates, die als die „Rechtsfolge“ der „Vereinbarung“ zwischen den den Bundesstaat gründenden Einzelstaaten anzusehen ist, ist eine „paktierte“ Verfassung, und „eine wirkliche paktierte Verfassung ist also echte Willenseinigung zwischen den Personen, die . . . das künftige Gemeinwesen mitbilden helfen wollen“ (a. a. O. S. 165). Dagegen einige Zeilen später: „Nicht sowohl die Einigung der Willen schafft die Verfassung — denn die Willen, die sich gebunden, können sich auch wieder lösen: wohl aber die gemeinsame Tat, von der es keinen Rücktritt gibt, deren Konsequenzen jeder für sich, alle für alle, Generation für Generation anzuerkennen und zu vertreten haben. Diese Tat ist die Bildung, Erklärung und Verwirklichung des Gemeinwillens.“ Bildung und Erklärung des Gemeinwillens ist die Vereinbarung. Daß diese — als bloße Willenseinigung — plötzlich die Verfassung nicht schaffen soll, obgleich gerade früher die Verfassung als Rechtsfolge der Vereinbarung, ja als identisch mit der Willenseinigung bezeichnet wurde, sei nicht weiter beachtet. Interessant ist vor allem: daß die Vereinbarung als bloße Willenseinigung den Ausschluß des Sezessionsrechts nicht beinhaltet. Einen Rücktritt verhindert nicht die Willenseinigung, sondern die „Tat“. Und eine solche Tat liegt erst vor, wenn zur Bildung und Erklärung des Gemeinwillens seine Verwirklichung hinzutritt. Wie die Vollziehung einer Vereinbarung den in der Vereinbarung selbst nicht enthaltenen Ausschluß des Rücktritts rechtlich bewirken soll, ist rätselhaft. Das scheint auch BINDING anzunehmen. Denn er fügt hinzu: „Ich will in das Mysterium dieser Tat hier nicht weiter einzudringen versuchen.“ Leider hat er dieses Mysterium auch an anderer Stelle nicht aufgeklärt. Aber er hat nicht unterlassen, hinzuzufügen, daß sich die Vereinbarenden bei der Gründung des Norddeutschen Bundes darüber „völlig klar gewesen“ seien, daß es dieser „Tat“ gegenüber für einen der Miturheber nach dem Zustandekommen des Werkes „nichts derart gibt wie Nullifikation und Sezession“. Sollte etwa die Absicht und sohin der „Wille“ der Vereinbarenden für diese Frage doch nicht ganz gleichgültig sein? Irgendeine Äußerung dieses Willens, aus der man auf seinen Inhalt schließen kann, muß doch wohl vorliegen, wenn man behaupten kann, die Vereinbarenden seien sich darüber „klar gewesen“. — Weshalb die Vereinbarung, die den Norddeutschen Bund oder sonst einen Bundesstaat begründet, jedes Rücktrittsrecht ausschließt, während eine Vereinbarung, durch die ein Staatenbund entsteht, trotz der mystischen „Tat“, die ja auch hier vorliegen dürfte, den Teilnehmern ein Rücktrittsrecht einräumt, ist besonders unverständlich, wenn man die folgende Lehre BINDINGS berücksichtigt! „Die Festigkeit der frei geschlossenen Vereinbarung, will sagen die Freiheit oder Unfreiheit des Teilnehmers, sich daraus beliebig oder unter bestimmten Bedingungen zu lösen, ist verschieden stark. Beim verbrecherischen Komplott besteht nicht nur die volle Freiheit jederzeitigen Austritts, sondern geradezu eine Austrittspflicht. Es gibt rechtlich gebilligte Vereinbarungen, die auf bestimmte Zeit oder nur bis zur Erreichung eines bestimmten Zweckes dauern sollen. Der Austritt aus dem ewigen Staatenbunde wird nur dadurch zulässig, daß seine Verfassung gegen den Austretenden gebrochen worden

Inhalts nicht nachgewiesen werden kann — und eines Sezessionsrechtes im besonderen — sofern ein solches nicht ausdrücklich im Bundesvertrage vereinbart wurde — nur das Aufgeben des Rechtsstandpunktes und die Behauptung eines reinen Machtstandpunktes, das Verschieben der Betrachtung aus der Rechtssphäre in die Welt der nackten Tatsachen. Es ist im Bereiche des durchaus individualistisch auf der „Anerkennungs“theorie begründeten Völkerrechts das Analogon zu dem vom individualistischen Naturrecht innerhalb der auf dem Staatsvertrag gegründeten einzelstaatlichen Ordnung dem menschlichen Subjekt vorbehaltenen Widerstandsrecht. So sagt EBERS zur Begründung des auch von ihm den Einzelstaaten im Bunde zugesprochenen Sezessionsrechtes vor allem: „Denn hat der betreffende Staat die Macht, die Folgen dieses seines Austrittes zu tragen, wird ihn nichts zwingen können, fernerhin im Bunde zu verbleiben“<sup>1)</sup>. Ist es nicht betrübend, immer wieder ausdrücklich feststellen zu müssen, daß die Konstatierung des Rechtsbruchs für die Frage der Rechtsgeltung — das ist aber das Problem des Juristen — gleichgültig ist? EBERS meint, die herrschende Lehre vortragend, im Bundesstaat sowie in dem als Korporation aufgefaßten Staatenbund sei das einseitige Ausscheiden „ein unrechtmäßiges, ein durch nichts zu rechtfertigender Akt der Gewalt, eine Auflehnung gegen den übergeordneten Willen des Bundes. Sind die Staaten aber souverän, dann ist das Ausscheiden zwar auch ein unrechtmäßiges, aber es trägt nur den Charakter eines Vertragsbruches, nicht den der Rebellion an sich“<sup>2)</sup>. Allein

ist“ (a. a. O. S. 219/20). Das ist blankes Naturrecht! Oder: vom Standpunkt positiv rechtlicher Erkenntnis, willkürliche Behauptung; oder: politisches Postulat. Aber das innere Verhältnis, in dem diese Art von Rechtswissenschaft — es ist die heute herrschende — zur Politik steht, enthüllt sich in der Bemerkung, die BINDING gelegentlich über irgendeine Erklärung des preussischen Gesandten in der Frage der Gründung des Norddeutschen Bundes macht. Sie sei — meint BINDING, Recht und Politik scharf trennend — „lediglich mit politischen, nicht mit Rechtsgründen“ vertreten worden; allein er fügt hinzu: „aus der gesunden Ueberzeugung heraus, daß das politisch allein Mögliche auch das rechtlich Gegebene sei“ (a. a. O. S. 103). Das politisch Mögliche? Das ist zumeist dasjenige, was man für das politisch Richtige hält. Oder wäre anders zu verstehen, was BINDING, seine Vereinbarungstheorie auf die im Weltkrieg gegen die Mittelmächte gebildete Entente anwendend, behauptet: „Dem Verbrechenskomplott ganz analog geartet ist die Koalition eiferstüchtiger Staaten wider einen andern Staat, dem sie Vernichtung geschworen haben. Wie dort dürfte auch hier eine Austrittspflicht bestehen“ (a. a. O. S. 224). Sollte sich diese Austrittspflicht auch aus dem Mysterium der Tat ableiten lassen?

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 292.<sup>2)</sup> a. a. O. S. 292.

ist nicht auch der Vertragsbruch die Verletzung eines Rechtssatzes, nämlich des Vertragsrechtssatzes und damit der Bruch derjenigen Rechtsordnung, deren integrierender Bestandteil dieser Rechtssatz ist? Ist der Vertragsbruch daher nicht auch ein durch nichts zu rechtfertigender Gewaltakt, wie das eben jedes Unrecht ist, eine Auflehnung gegen den Willen der übergeordneten Rechtsordnung des Völkerrechts im allgemeinen und den gleichfalls übergeordneten Willen der — auch nicht als Korporation aufgefaßten, nicht personifizierten — Bundesordnung?

Daß auf das sog. Sezessionsrecht nicht ausdrücklich verzichtet zu werden braucht, damit es fehle, bedarf nach dem Vorhergesagten nicht besonderer Hervorhebung. Daß sogar ein solcher Verzicht ungültig sei, muß allerdings die herrschende Lehre behaupten. Wenn sie dies, wie z. B. EBERS, mit der Souveränität der Parteien begründet, die ein unverzichtbares Sezessionsrecht in sich schließt<sup>1)</sup>, so ist der bereits oben charakterisierte Zirkel geschlossen! Eine Staatenverbindung ist ein Staatenbund, wenn die Glieder souverän sind. Ein Symptom des Staatenbundes ist das — den Staaten im Bundesstaate fehlende — Sezessionsrecht. Die Staaten sind souverän, wenn sie das Sezessionsrecht haben. Sie haben das Sezessionsrecht, weil sie souverän sind. — Natürlich kann ein Sezessionsrecht für bestimmte Fälle und so auch für den Fall einer Gefährdung von Lebensinteressen im Bundesvertrag ausdrücklich eingeräumt sein. Durch einen solchen Inhalt wird allerdings die Rechtsform bis zur äußersten Grenze ihrer Aufnahmefähigkeit gespannt. Hier droht der Inhalt schon die Form zu sprengen. Immerhin, solange nicht jede Interessengefährdung als Bedingung dieses Rechtes gesetzt, solange die Bundesordnung nicht nur zu solchem Verhalten verpflichten will, das, weil im eigenen Interesse der Subjekte, von ihnen selbst gewollt wird, solange die mögliche Differenz von Sollen und Wollen nicht auf Null sinkt, ist formell die Rechtsidee gewahrt. Und das Analoge gälte, wenn der Völkerrechtssatz *pacta sunt servanda* tatsächlich nur mit der Einschränkung der berückichtigten *clausula rebus sic stantibus* nachzuweisen wäre.

Aus der Souveränität kann ebensowenig wie das Sezessionsrecht das sog. Nullifikationsrecht, d. i. das Recht des Einzelstaates abgeleitet werden, Gesetze, Beschlüsse oder sonstige Akte der Bundesgewalt für nichtig zu erklären und eventuell aus diesem Grunde die Befolgung zu verweigern. Ein solches Recht müßte, um behauptet zu werden, in der Bundesverfassung eingeräumt sein; denn indem die Bundesverfassung ein Organ zur Setzung der fraglichen Akte

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 292.

delegiert, ist diesem die Entscheidung darüber vorbehalten, was Rechtens sei; es wäre denn, daß einem anderen Organe die Ueberprüfung der Verfassungsmäßigkeit und eventuelle Kassation übertragen ist. Dieses Organ höherer Instanz muß keineswegs ein arbeitsteilig funktionierendes sein. Es ist denkbar, daß jedes rechtsunterworfenen Subjekt selbst durch die Verfassung ermächtigt wird, einen Akt des Bundesorgans so zu prüfen und für seinen Bereich zu kassieren, wie dies sonst einer höheren Instanz zukommt. Das rechtsunterworfenen Subjekt fungiert hier ebenso als Organ wie in der primitiven Rechtsgemeinschaft schon beim ersten Akt der Rechtserzeugung. Die Rechtsgemeinschaft ist im Falle eines Nullifikationsrechtes eben auf der Stufe der Rechtskontrolle noch eine primitive. Worauf es in diesem Zusammenhange allein ankommt, ist die Feststellung, daß ein derartiges Nullifikationsrecht mit der Souveränität nichts zu tun hat, daß es keineswegs, wie z. B. EBERS behauptet, „die logische Folge der Souveränität“<sup>1)</sup> sei. Nur kann zugegeben werden, daß dort, wo es eingeräumt ist, ganz ebenso wie dort, wo ein Sezessionsrecht gegeben wird, die mögliche Differenz zwischen dem Inhalt der objektiven Rechtsordnung und dem Subjektswillen auf ein Minimum reduziert ist, weshalb die Bundesordnung weniger deutlich als ein fremder, höherer Wille zum Bewußtsein kommt und daher ein geringerer Anreiz zu ihrer Personifikation besteht.

## § 62.

### Der Staatenbund als juristische Person.

Bis zu welchem Grade die Einsicht in das Wesen dieser Personifikation der Rechtswissenschaft verloren gehen konnte, das zeigen die auch in diesem Punkte typischen Ausführungen EBERS'. Nachdem er dargelegt hat, daß ein Staatenbund — ganz ebenso wie ein Bundesstaat — in seine Verfassung das Mehrheitsprinzip, die Bundesexekution, das Verbot des einseitigen Rücktritts, die Zuständigkeit in inneren Angelegenheiten der Staaten, die unmittelbare Einwirkung der Bundesgewalt auf die Untertanen usw. aufnehmen kann, ohne dabei — im Gegensatz zum Bundesstaat — die Souveränität der Staaten zu berühren, erklärt er vom Staatenbund, „daß er sich einem Bundesstaat bis aufs äußerste nähern kann, ohne in ihn überzugehen, sofern nicht der Bundesgewalt ein Herrschaftsrecht über die Einzelstaaten eingeräumt wird, diese nicht in ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zum Bunde treten, kurz ihre Souveränität behalten“<sup>2)</sup>. Da weder der vertragsmäßige Ur-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 293.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 296.

sprung, noch der Inhalt des Vertrags die beiden Staatenverbindungen voneinander scheidet, da insbesondere auf den Bund beliebig viel „Hoheitsrechte“ übertragen werden können. ohne daß dadurch die Souveränität der Staaten gefährdet wird, wenn dies nur freiwillig, d. i. vertragsmäßig geschieht, so kann man gespannt sein, wann eigentlich der Bundesgewalt ein Herrschaftsrecht, eine Ueberordnung eingeräumt wird. Sieht man näher zu. so stellt sich heraus, daß dies dann der Fall ist, wenn man die Bundesordnung personifiziert! Natürlich ist man sich nicht bewußt, daß es ein Akt willkürlicher Konstruktion, eine das Wesen des Rechtsgebildes nicht berührende Hilfsvorstellung des Juristen ist, wenn dieser eine Staatenverbindung als juristische Person, als Korporation erklärt. Man glaubt vielmehr damit ein objektives Wesenselement festgestellt zu haben. Wenngleich man offenkundig sich in dem Zirkel befindet: die Verbindung ist keine juristische Person, also sind die Glieder souverän, und die Glieder sind souverän, also ist die Verbindung keine juristische Person.

EBERS lehnt die Korporationstheorie für den Staatenbund ab. Allerdings personifiziert er die Bundesordnung schon dadurch, daß er von einer Bundesgewalt spricht. Ueberdies erklärt er ausdrücklich, daß der Bund „als Einheit, als mit eigenem Willen begabt, als Träger von Rechten gegenüber seinen Gliedern wie dritten Staaten auftrete“<sup>1)</sup>. Was ist ein „Träger von Rechten“ anderes als ein Rechtssubjekt? Kann der Bund etwas anderes als ein Rechtssubjekt, eine juristische Person sein, wenn EBERS von ihm sagt, daß er „im eigenen Namen“ Verträge schließe, Kriegs- und Friedensrecht ausübe usw.; „daß der Bundeswille nicht identisch“ sei mit der Summe der Einzelwillen, daß er „dem Willen des einzelnen Staates als ein fremder gegenübertreten“ könne, daß die Bundesorgane nicht bloß gemeinschaftliche Organe, sondern Organe der Gesamtheit seien? Das ist die vollendetste Personifikation einer Gemeinschaftsordnung, das ist der Hilfsbegriff der Korporation. Und dabei lehnt EBERS die von ihm so genannte Korporationstheorie ab! Sie gehe zu weit. „Sie statuiert eine Herrschaft des Bundes über die Glieder, ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung“<sup>2)</sup> und das sei mit der Souveränität der Staaten im Staatenbunde unvereinbar. Man sollte meinen, eine „Theorie“ könne doch kein Ueber- und Unterordnungsverhältnis „statuieren“, und die Korporationstheorie dürfte nicht deshalb abgelehnt werden, weil sie es ist, die ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis herbeiführt, sondern: weil die Rechtsordnung des Staatenbundes kein solches statuiert, müßte diese „Theorie“ unanwendbar

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 297 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 300.



sein. Allein EBERS glaubt sich vor dem Dilemma: „Entweder sehen wir den Staatenbund als Gesellschaft an, als ein völkerrechtliches Rechtsverhältnis, dann sind wir nicht in der Lage, für sein eigenes Wollen und Handeln, seine völkerrechtliche Einheit eine hinreichende Erklärung zu finden, oder aber wir sprechen ihm, um letzteres tun zu können, den Charakter als Korporation, als eines den Gliedern übergeordneten Rechtssubjektes zu, dann befinden wir uns in Widerspruch mit der Souveränität der Staaten“<sup>1)</sup>. Und aus diesem Dilemma findet EBERS — im Anschluß an JELLINEK — den Ausweg, daß er den Staatenbund als „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ erklärt, was in Wahrheit nur ein anderer Ausdruck für die Personifikation der über den Gliedern stehenden Gemeinschaftsordnung ist. Da EBERS in der juristischen Person als solcher das Moment der Ueber- und Unterordnung erblickt, ist für ihn das Problem tatsächlich dies: Die Personifikation der juristisch „über“ den Gliedern stehenden, weil sie in objektiv gültiger Weise verpflichtenden (einen „eigenen“ Willen darstellenden) Bundesordnung so zu vollziehen, daß das Moment der Ueberordnung über die Glieder vermieden wird. Ein unmögliches Beginnen! Denn die Personifikation oder deren Produkt, die juristische Person, enthält an und für sich keinerlei Moment der Ueber- und Unterordnung. Dieses haftet an dem Substrat der Personifikation, der Ordnung, die je nach ihrer logischen Relation zu einer im Verhältnis zu ihr besonderen oder allgemeineren, delegierenden oder delegierten Ordnung eine „höhere“ oder „niedere“ ist und demnach in ihrer Personifikation — bildlich vorgestellt — über- oder untergeordnet erscheint.

In der EBERSschen Argumentation spiegelt sich der heutige Stand der Rechtswissenschaft. Er sagt: Der Staatenbund besitzt „einen eigenen Willen, ist Träger eigener Rechte und Pflichten, er hat eine eigene Rechtssphäre, innerhalb deren sein Wille von dem des einzelnen Staates abweichen, seine Rechte und Pflichten denen des einzelnen Staates gegenüberstehen können“<sup>2)</sup>. Das ist eine juristische Person. EBERS meint jedoch nur: „Das scheint allerdings für ein besonderes Rechtssubjekt zu sprechen.“ Gewiß, ein Subjekt von Rechten scheint ein Rechtssubjekt zu sein. Allein: „Wenn wir nun aber prüfen, wer der Träger dieses Willens, dieser Rechte ist, dann ergibt sich, daß dies die Staaten selbst sind, und zwar nicht jeder einzelne Staat für sich, sondern die verbündeten Staaten in ihrer Gesamtheit.“ Unter dem Schein, richtiger: in der Selbsttäuschung, einen objektiven Tatbestand zu „prüfen“, ändert EBERS einfach den eben eingenommenen Konstruktionsstandpunkt.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 301.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 303.

Er löst die Personifikation auf und sieht die Glieder selbst als Subjekte der Pflichten und Rechte; „in ihrer Gesamtheit“ und nicht „jeder für sich“; gewiß, denn sie stehen ja in einer sie verbindenden Ordnung. Und nun fährt er fort: „Indessen dürfen wir diese Gesamtheit nicht bloß als die Summe der Glieder ansehen, müssen vielmehr, wollen wir zum Ziele kommen, eine engere, eine personenrechtliche Verbundenheit annehmen, um so der Einheit des Staatenbundes gerecht zu werden.“ Die Vorstellung einer Ordnung als „Person“ dient in erster Linie dem Zwecke, ihre Einheit zu veranschaulichen. In der Behauptung: Der „Wille“ einer Ordnung sei nicht die Summe der Willen der ihr unterworfenen Subjekte, wird nichts anderes als die objektive Geltung dieser Ordnung zum Ausdruck gebracht. Auch diese Vorstellung liegt der Konstruktion einer von den der Ordnung unterworfenen Personen verschiedenen juristischen Person zugrunde. EBERS will also — sich selbst unbewußt — die Staatenbundordnung wieder personifizieren, sie als juristische Person vorstellen. Er fährt fort: „Ist dies möglich“, nämlich: eine engere, personenrechtliche Verbundenheit anzunehmen, und so der Einheit des Staatenbundes gerecht zu werden“ — wie das möglich sein soll, wird einstweilen nicht gesagt — „dann wären alle Schwierigkeiten behoben, ein Ausweg aus jenem Dilemma gefunden. Dann wäre nicht eine von den Gliedern unabhängige selbständige juristische Persönlichkeit, nicht ein besonderes neues Rechtssubjekt, sondern die Gesamtheit der so als Personeneinheit auftretenden genossenschaftlich verbundenen Rechtssubjekte, die Gesamtheit der verbundenen Staaten Träger jener gesonderten Rechtssphäre, die sich als Gemeinsphäre von der jedem einzelnen Staate zustehenden Sondersphäre rechtlich scheiden würde; diese Gesamtheit wäre Träger jenes eigenen Willens, der sich als einheitlicher Gemeinschaftswillen darstellt und jener besonderen, der Gesamtheit als solcher zustehenden Rechte und Pflichten. Damit wäre die Möglichkeit erklärt, daß der Gesamtwille als solcher von dem Willen des einzelnen Staates als solchen abweicht, weil die der Gesamtheit zustehende Rechtssphäre von der der einzelnen Staaten rechtlich geschieden ist.“ Also: zwar kein selbständiges Rechtssubjekt, aber ein von den Einzelstaaten verschiedener „Träger“ einer „gesonderten“ Rechtssphäre, „besonderer“ Rechte und Pflichten. Das ist doch wohl ein selbständiges Rechtssubjekt. Aber dieser „Träger“ ist die Gesamtheit. Ist vielleicht die juristische Person, die Korporation, etwas anderes als ein Ausdruck für die „Gesamtheit“? Und die „Gesamtheit“, die nicht die Summe der einzelnen ist, etwas anderes als die Einheit, die zusammenfassende, zu einem höheren

Ganzen konstituierende Ordnung? Das allerdings ist ein Ungedanke, wenn EBERS fortführt: „Aber auch innerhalb der Gesamtsphäre könnte der Gemeinschaftswille, obwohl nicht von dem Einzelwillen gelöst, im Widerspruch mit dem Willen des einzelnen Staates stehen“<sup>1)</sup>. Eben wegen der Möglichkeit dieses Widerspruches vollzieht man ja in der veranschaulichenden Konstruktion die Loslösung des Gesamtwillens von den Einzelwillen, der juristischen Person des Verbandes von den verbundenen Subjekten. Löst nicht EBERS selbst den Gesamtwillen von den Einzelwillen los, wenn er betont, daß er Träger einer „gesonderten“ Rechtssphäre ist? Kann ein Wille, ohne von einem anderen „losgelöst“ zu sein, mit diesem in Widerspruch geraten? Man sehe doch die logischen Beziehungen hinter diesem Schleier von Bildern!

Gibt es nun, so fragt EBERS, eine Form der Vereinigung, die diesen Anforderungen entspricht? Die Antwort lautet: Die „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ des deutschen Rechts. Von dieser Gemeinschaft behauptet nun EBERS, daß sie die verbundenen Personen „abweichend vom römischen Recht“ „nicht bloß äußerlich zu einander in Beziehungen setzt, sondern sie tatsächlich zu einer höheren Einheit, zu einer personenrechtlichen Gemeinschaft verbindet“. Diese Gemeinschaft sei zwar kein neues Rechtssubjekt über den verbundenen Rechtssubjekten, aber sie sei — als „höhere Einheit“ — „Träger einer besonderen Gemeinsphäre, der ihnen“ — den Einzelstaaten — „in ihrer Gemeinschaft zustehenden Rechte und Pflichten“<sup>2)</sup>. Also zwar kein übergeordnetes Rechtssubjekt, aber ein höheres Subjekt von Rechten und Pflichten; zwar kein „personenrechtliches Unterordnungsverhältnis“, aber das Verhältnis einer „personenrechtlichen“ Einheit zu den von ihr zusammengefaßten Personen, wobei diese Einheit gerade in diesem Verhältnis als eine „höhere“ bezeichnet und die Vorstellung vollzogen wird: daß Rechte und Pflichten von einer höheren Einheit „getragen“ werden, aber den zur Einheit verbundenen Subjekten „zustehen“. Und die besondere Ironie will es, daß solches vom Standpunkt richtiger Einsicht in das Wesen der Personifikation gar kein Widerspruch wäre: die in einer Teilordnung gesetzten Pflichten und Rechte der Menschen (weil das Verhalten dieser Menschen beinhaltenden Normen) auch als Pflichten und Rechte der als Person vorgestellten Ordnung darzustellen. Freilich ist gerade EBERS von solcher Einsicht weit entfernt. Er teilt ja die übliche Anschauung, daß Korporation und Gesamthand verschiedene Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen, die eine des römischen, die andere des deutschen Rechtes

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 304.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 304.

sei. Allein Rechtsordnungen statuieren nichts als Pflichten und Rechte von Menschen. Nur die juristische Konstruktion formt aus diesem Material die „juristische Person“ oder die „Gesamthand“. Auch nach der EBERSSchen Darstellung ist zwischen beiden Konstruktionen kein Unterschied, beide nur Ordnungspersonifikationen, die Gesamthand nur eine andere Terminologie für die Korporation. Denn worin soll der entscheidende Unterschied bestehen? Die Gesamthand ist rechts- und handelsfähig wie die Korporation. Zunächst freilich nur nach außen. „Nach innen kann dagegen, soweit die Gesamtsphäre reicht, die Personeneinheit in scharfem Gegensatz zur Korporation — ist sie ja kein selbständiges von den verbundenen Rechtssubjekten verschiedenes Rechtssubjekt — nicht wirksam werden. Hier löst sich vielmehr die gesamte Hand unter den Gemeinern in gegenseitige Rechte und Pflichten auf“<sup>1)</sup>. Das würde gar nichts anderes bedeuten, als daß die deutschen Juristen „zum Unterschied von den römischen“ im Verhältnis nach innen auf eine Personifikation der Gemeinschaftsordnung verzichten. Allein: „Dies gilt nur, soweit es sich um die Rechtsverhältnisse innerhalb der Gesamtsphäre handelt. Dagegen kann in den Beziehungen zwischen der Gesamtsphäre einerseits und sowohl der Sondersphäre wie insbesondere der Individualsphäre andererseits die Gemeinschaft auch dem einzelnen Mitgliede als Personeneinheit mit eigenen Rechten und Pflichten gegenüber treten“<sup>2)</sup>. Also Personifikation auch nach innen! Wo bleibt also der „scharfe Gegensatz“ zur Korporation? Offenbar nur darin, daß die Gesamthand — ganz ebenso wie die Korporation — rechts- und handelsfähig, Subjekt von Pflichten und Rechten, nicht aber Rechts- und Pflichtsubjekt ist! *Difficile est, satiram non scribere!*

#### Elftes Kapitel.

### Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen.

#### § 63.

#### Subjektivistische und objektivistische Weltanschauung.

Die beiden hier entwickelten Theorien, die vom Primate der staatlichen Rechtsordnung und jene vom Primate des Völkerrechts sind — als zwei verschiedene Voraussetzungen der Rechtserkenntnis — erkenntnistheoretische Hypothesen. Der letzten Bedeutung und des spezifischen Wertes einer jeden von ihnen wird

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 308 f.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 309.

man erst ganz bewußt, wenn der innige Zusammenhang erhellt, in dem die Erkenntnistheorie des Rechts mit der allgemeinen Erkenntnistheorie steht, wenn man einsieht, daß die beiden in ihren äußersten Konsequenzen dargestellten juristischen Hypothesen nur besondere Anwendungen der beiden allgemeinsten erkenntnistheoretischen Grundprinzipien sind. Damit aber wächst der vorliegende Gegensatz juristischer Konstruktion zu dem Gegensatz subjektivistischer und objektivistischer Erkenntnis überhaupt und so letztlich zu einem Gegensatz der Weltanschauungen.

Wenn die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung den eigenen souveränen Staat, d. h. die eigene staatliche Ordnung als höchstes, nicht weiter ableitbares Normensystem zur Voraussetzung und so zum Ausgangspunkt juristischer Erkenntnis nimmt, und andere „Staaten“ nur begreift, sofern sie von der eigenen staatlichen Ordnung „anerkannt“, delegiert, d. h. aber nur mehr als Teilordnungen, als Bestandteile der eigenen staatlichen Ordnung aufgefaßt werden, so daß diese sich über alle anderen staatlichen Rechtsordnungen als Universalordnung ausdehnt; wenn daher die anderen Ordnungen oder Gemeinwesen jenes spezifischen Charakters entbehren müssen, der die eigene, den Ausgangspunkt der Konstruktion bildende Ordnung — und nur diese — gerade als Staat qualifiziert, nämlich die Souveränität, deren universale Einheit mit dem Anspruch auf Ausschließlichkeit auftritt; wenn somit das souveräne Staatssubjekt, auf dessen, ja in dessen Willen mit den übrigen Gemeinwesen die als Völkerrecht bezeichnete Ordnung ruht, als einziges sich behauptet: So ist dies ein Bild — mehr als ein Bild — jener subjektivistischen Erkenntnistheorie, die, um die Welt zu begreifen, vom eigenen Ich ausgeht und dabei doch niemals über das eigene Ich hinauskommen kann, indem sie die ganze Sinnenwelt, die Natur, nur als die Vorstellung, die ganze Welt der Werte nur als den Willen dieses eigenen Ichs verstehen kann, so das eigene souveräne Ich zum Universum dehnend, dabei aber unfähig, das andere Subjekt, das mit dem gleichen Anspruch auf Souveränität auftretende Nicht-Ich, das auch ein Ich sein wollende „Du“ in seiner Eigenart als Zentrum des Universums zu begreifen, weil unfähig, seinen Souveränitätsanspruch zu honorieren; denn steht die Einheit auf dem Ich, ist das Ich einzig! Die Ausschließlichkeit der Souveränität, die Einzigkeit des souveränen Staaten-Ich ist nur die Analogie, ist mehr als die Analogie der unentrinnbaren solipsistischen Konsequenz des Subjektivismus.

Die subjektivistische Völkerrechtstheorie, die dem Staat als Subjekt die übrige Rechtswelt als Objekt entgegengesetzt und mittels

der Anerkennungstheorie dieses Objekt als Funktion des Subjekts auflöst, findet bei der nicht zu übersehenden Relativität des Gegensatzes von Subjekt und Objekt ihre natürliche Fortsetzung und Ergänzung (oder von einem anderen Ende gesehen: ihren Anfang und Ausgangspunkt) in der Lehre, die den Staat auf, ja in dem Willen des Einzelmenschen gründet, das Recht als staatliche Rechtsordnung mit der „Anerkennung“ durch den Untertan, durch das menschliche Individuum rechtfertigt. Und so wird — nicht nur im Bilde der Analogie, sondern tatsächlich und unmittelbar — die Welt des Wertes und zwar speziell die Welt des Staates oder Rechtes, das Weltrecht oder der Weltstaat; zunächst zum Willen des Einzelstaates oder zum Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung, dann aber mit dem eigenen Staat, mit der eigenen staatlichen Rechtsordnung zum Willen des anerkennenden Menschen, das ist desselben Subjektes, als dessen Vorstellung die Welt der Natur gilt!

Wenn demgegenüber eine objektivistische Weltanschauung umgekehrt, um zum Ich zu gelangen, von der Welt ausgeht, wenn sie eine objektive Weltvernunft, einen Weltgeist voraussetzt, dessen Subjektivationen oder Konkretisationen, dessen nur sehr ephemere und vorläufige Erscheinungsformen die erkennenden und wollenden Individuen sind, deren Geister nur als integrierende Teile des universalen Weltgeists, deren erkennende Vernunft nur Ausstrahlungen der höchsten Weltvernunft, deren Ich nur Lehen des allein souveränen Welt-Ich, einander koordiniert und gleichartig, nicht aber wie im Subjektivismus das Du dem Ich wesensfremd und unbegreiflich gegenüberstehen: So ist dies nur das Bild, das Vorbild der für die Rechtswelt gültigen Hypothese einer Weltrechtsordnung, der auf der Objektivität des Rechts fußenden Theorie vom Primat des Völkerrechts, unter dem die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zwar als koordinierte, gleichartige und gleichgeordnete Gemeinwesen, aber — als bloße Teilordnungen — nicht mehr als „Staaten“ im Sinne von Gesamtordnungen von höchsten, souveränen Subjekten zu einer höchsten Einheit, zur Allheit der allein souveränen civitas maxima zusammengefaßt werden. Das Individuum ist bloßer Schein, lehrt der Objektivismus. Und die juristische Theorie, die den Primat des Völkerrechts behauptet, weil sie die letzte Konsequenz der Objektivität des Rechtes zieht, muß nicht nur den Einzelstaatssubjekten, als vorläufigen Personifikationen von objektiven Teilordnungen, den Charakter endgültiger und höchster Einheiten absprechen, sie muß — folgerichtig fortgesetzt — auch die „physische“ Person, das „natürliche“ Rechtssubjekt schließlich auf sein Substrat: einen Bestandteil der objektiven Rechtsordnung, reduzieren, als Personifikation einer Teilordnung auflösen.

Ohne damit eine Entscheidung zwischen beiden Weltanschauungen treffen zu wollen, muß doch hervorgehoben werden, daß die subjektivistische Rechtsanschauung letzten Endes zu einer Négation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft führen muß. Denn das unverlierbare Wesen des Rechts, seine ganze Existenz liegt in der Objektivität seiner Geltung. Es ist nur eine Tautologie, wenn hiezu gesagt wird, daß der Staat, daß ein Kollektivum nur einer kollektivistischen oder universalistischen, das ist eben einer objektivistischen Grundanschauung gegeben ist. Die der Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung innewohnende subjektivistische Tendenz führt von ihrer Grundposition zur Leugnung des Völkerrechts und von hier zur Negation der Rechtsidee — zumindest in dieser Sphäre — und zur Behauptung des reinen Machtstandpunktes. So wie ja der gleiche Gedanke konsequent in die Sphäre des staatlichen Rechtes fortgesetzt, als Primat des Individuums zur Negation des Rechtes überhaupt und zur Proklamation der Machtidee auf der ganzen Linie drängt. Die meisten Recht und Rechtswissenschaft in Frage stellenden Argumentationen gehen letztlich von einem subjektivistischen Prinzip aus.

#### § 64.

#### Imperialismus und Pazifismus.

Der Zusammenhang zwischen theoretischer und praktischer Erkenntnis — auch dieser Gegensatz ist relativ — ist zwar logisch-systematisch nicht nachweisbar, aber er wird faktisch hergestellt durch die Charaktereinheit des erkennenden und wollenden Subjektes. Eine bestimmte Weltanschauung verbindet sich einer spezifischen Lebensanschauung, eine Erkenntnistheorie einer ethisch-politischen Ueberzeugung, weil Weltanschauung und Lebensanschauung, weil Erkenntnistheorie und Ethik-Politik letztlich in der Eigenart eines und desselben Charakters wurzeln. Es ist derselbe Mensch, der auf Grund letzter und unkontrollierbarer Bestimmungen zwischen den sich ihm anbietenden Welt- und Lebensanschauungen wählt und so für sich eine Entscheidung trifft, die objektiver Wissenschaft versagt bleibt. So läßt sich — allerdings nur in diesem Sinne — eine gewisse Zuordnung zwischen einem bestimmten erkenntnistheoretischen und einem spezifischen ethisch-politischen Standpunkt behaupten. Wie die egozentrische Position einer subjektivistischen Erkenntnistheorie einem ethischen Egoismus (wenn solcher noch als Ethik bezeichnet werden kann) verwandt ist, so paart sich die Rechtserkenntnistheorie des Primates eigener staatlicher Rechtsordnung mit dem Staats-egoismus einer imperialistischen Politik. Dem souveränen, dem ein-

zig souveränen Staat sind keine objektiven Rechtsschranken gesetzt, sein territoriales Geltungsgebiet sowie sein sachliches nach Belieben auszudehnen. Denn eine absolute Einschränkung seiner Ordnung auf ein bestimmt abgegrenztes Gebiet ist aus dem Begriffe des souveränen Staates nicht abzuleiten. Es ist kein Zufall, daß der prononcierteste Vertreter des Primates staatlicher Rechtsordnung, der bis zur Leugnung des Völkerrechts und bis zur Annahme des Machtstandpunktes konsequente Hegelianer LASSON erklärt: „Das von einem Volke bewohnte Territorium, über welches sich die Macht eines Staates zunächst erstreckt, ist doch keine absolute Schranke für die Staatstätigkeit. Wie jede Abteilung der Menschheit in normaler Entwicklung dahin strebt, ihr Arbeitsgebiet so weit als möglich auszudehnen und die natürlichen Stoffe, welche durch die umformende Arbeit in für menschliche Zwecke brauchbare Dinge umzuwandeln sind, auf dem ganzen Erdkreis zu suchen, so ist es zugleich auch des Staates Streben, seine Untertanen in solcher Ausdehnung ihres Arbeitsgebietes zu schützen, anderseits für sich die Ausdehnung seiner Macht über solches Territorium zu gewinnen, welches durch die dasselbe auszeichnenden Naturgaben irgendeinem Mangel des heimischen Gebietes abzuhelpen imstande ist“<sup>1)</sup>.

Wenn der Imperialismus als ein Zwillingsbruder des subjektivistischen Primates der eigenstaatlichen Ordnung auftritt, so ist dabei immer wieder die Relativität des Gegensatzes von Subjektivismus und Objektivismus zu berücksichtigen. Zweifellos sind HEGEL und sein Schüler LASSON Vertreter einer objektivistischen Weltanschauung. Aber HEGELS Kollektivismus blieb bekanntlich im Staate stecken. Das Verhältnis des Staates — als Individuum gedacht — zur Menschheit ist besonders bei LASSON durchaus individualistisch konstruiert. Ist eine schärfere Zuspitzung des Staats- oder Volksindividualismus möglich als die Vorstellung einer „ausgewählten“ Nation, als die HEGELSche Idee, daß der Weltgeist in einer Nation allein seinen Thron aufgeschlagen habe? Welch schrankenloser Imperialismus muß von einer solchen Vorstellung ausgehen! Und so ist es möglich, daß Theoretiker, die das Verhältnis des Staates zum Untertan durchaus universalistisch vorstellen, dennoch in demselben Maße Imperialisten sind, als sie in der Sphäre des Internationalen in einer staatsindividualistischen Denkweise beharren. In dieser Sphäre ist eben der Imperialismus, was der Anarchismus innerhalb des einzelstaatlichen oder nationalen Bereiches<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 32.

<sup>2)</sup> Darum muß der Ansicht MARCKES (Imperialismus und Pazifismus als Weltanschauung, 1918), daß der Imperialismus eine objektivistisch-kollektivi-



Dagegen ist es ja gerade eine Hauptfunktion der nur durch die Hypothese vom Primat des Völkerrechts ermöglichten Vorstellung einer über allen Staaten gleichmäßig stehenden Rechtsordnung, daß die territorialen Geltungsbereiche der einzelnen Gemeinwesen als gegeneinander rechtlich abgegrenzt und zwar in objektiver Weise abgegrenzt gelten müssen, so daß gewaltsame Eingriffe und Uebergriffe, so daß die das Wesen des Imperialismus bildende Expansion als rechtswidrig erscheint. Die Rechtseinheit der Menschheit, die nur vorläufig und keineswegs endgültig in mehr oder weniger willkürlich gebildete Staaten gegliedert ist, die *civitas maxima* als Organisation der Welt: das ist der politische Kern der juristischen Hypothese vom Primat des Völkerrechts, das ist aber zugleich der Grundgedanke des Pazifismus, der auf dem Gebiete der internationalen Politik das Gegenbild des Imperialismus darstellt. So wie für eine objektivistische Lebensanschauung der sittliche Begriff des Menschen die Menschheit ist, so ist für eine objektivistische Rechtstheorie der Begriff des Rechts identisch mit dem des Völkerrechts und gerade darum zugleich ein ethischer Begriff.

### § 65.

#### Die Zukunft der Völkerrechtstheorie.

Subjektive und objektive Rechtsanschauung stehen im Kampfe um die heutige Jurisprudenz. Sonderlich die Völkerrechtstheorie

stische, der Pazifismus aber eine subjektivistisch-individualistische Anschauung sei, widersprochen werden. Daß der imperialistische Staatsbegriff antiindividualistisch sei (S. 6), ist nur insofern richtig, als er es im Verhältnis zu seinen Untertanen ist. Im Verhältnis zur Menschheit und zu den anderen Staaten — das ist aber die für die Frage Imperialismus oder Pazifismus entscheidende Beziehung — ist er individualistisch. Es ist eben relativer Individualismus und relativer Kollektivismus und darum inkonsequent. MARCK meint: „Der Pazifismus ist ethisch und individualistisch“, während er den Imperialismus als „naturalistisch und kollektivistisch“ bezeichnet. Gibt es einen höheren Grad des Universalismus als die Idee der Menschheit als begriffliche und politische-rechtliche Einheit? Gibt es einen sichereren Weg zur Negation alles Ethischen als den Subjektivismus, da doch alle Sittlichkeit an objektive Normen, an ein Sollen gebunden ist, dessen Geltung vom Subjekt unabhängig sein muß, damit überhaupt von Geltung die Rede sein kann? Wenn der Pazifismus ethisch ist — und das ist er — dann ist er sicherlich kollektivistisch, weil objektivistisch. Und wenn der Imperialismus „naturalistisch“ ist, so ist er gewiß individualistisch. Denn „naturalistisch“ heißt: auf die Realität der kausal-analytischen und atomisierenden Naturwissenschaft, auf die Realität der schließlich ins Individual-Psychologische mündenden Soziologie gestützt. Vgl. dazu meine Abhandlung: Politische Weltanschauung und Erziehung in: Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, II. Bd., 1. Heft (1912).

schwankt zwischen den Gegensätzen einer staats-individualistischen und einer menschheits-universalistischen Betrachtungsweise, zwischen dem Subjektivismus des Primates staatlicher Rechtsordnung und dem Objektivismus des Primates des Völkerrechts inkonsequent hin und her. Der unbefriedigende Zustand dieses Zweiges der Rechtswissenschaft rührt aber letztlich daher, daß das soziale Bewußtsein in seiner Entwicklung vom Individuellen zu immer weiteren Kreisen noch nicht die Schranken der Nation und des national oder sonst begrenzten Staates gesprengt, noch nicht zu einem Menschheitsbewußtsein sich ausgeweitet hat. Doch wirken unzweifelhaft schon starke Kräfte nach dieser Richtung. Die Halbheit des Uebergangszustandes spiegelt sich in den Widersprüchen der Völkerrechtstheorie, die in einem fast tragischen Konflikt auf der einen Seite zur Höhe einer über den Einzelstaaten aufgerichteten Weltrechtsgemeinschaft strebt, auf der anderen Seite aber in der Machtsphäre des souveränen Einzelstaates gefangen bleibt. Aber dennoch ist auch sie auf dem sicheren Wege zu einer objektivistischen Rechtsanschauung. So wie der Subjektivismus der naturrechtlichen Staatsvertragstheorie mit der Vorstellung von der Souveränität des Menschen überwunden und die objektive Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung außer Zweifel gestellt wurde, so wird auch mit der Ueberwindung des Dogmas von der Souveränität des Einzelstaates die Existenz einer objektiven, von aller „Anerkennung“ unabhängigen, über den Einzelstaaten stehenden Völker-, richtiger Weltrechtsordnung, einer *civitas maxima* sich durchsetzen. Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. Diese Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not! Nicht etwa bloß um einer juristischen Konstruktion willen — wenngleich die rechtstheoretisch richtige Einsicht auch manches Hindernis der Rechtsentwicklung beseitigen kann. Denn die Vorstellung von der Souveränität des eigenen Staates ist bisher — ob mit Recht oder Unrecht — allem im Wege gestanden, was auf eine Ausgestaltung der Völkerrechtsordnung zu einer arbeitsteiligen Organisation, was auf die Einsetzung von besonderen Organen zur Fortbildung, Anwendung und Durchsetzung des Völkerrechts, was auf die Weiterentwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft aus ihrem Zustande der Primitivität zu einer *civitas maxima* — auch im politisch-materiellen Sinne dieses Wortes — abzielt. Als unendliche Aufgabe aber muß solcher Weltstaat als Weltorganisation allem politischen Streben gesetzt sein